فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط

للامام السرخسى الحنفى رحمه الله

صحيفه

٢ كتاب الصرف

٢٣ باب الخيار في الصرف

٢٤ باب البيع بالفلوس

٣٥ باب القرض والصرف فيه

٤١ باب الرهن فى الصرف

٤٢ باب الصرف فى المعادن وتراب الصواغين

٤٦ باب صرف القاضي

٤٧ باب الاجارة فى الصياغة

٥٣ باب الصرف فى الوديعة

٥٥ باب الصرف فى الوزنيات

٥٦ باب الصرف فى دار الحرب

٥٩ باب الصرف بين المولى وعبده

٦٠ باب الوكالة فى الصرف

٦٦ باب العيب في الصرف

٧٠ باب الصلح فى الصرف

٧٣ باب الصرف فى المرض

٧٦ باب الاجارة في عمل التمويه

٩٠ كتاب الشفعة

١٢٠ باب الشهادة فى الشفعة

١٢٨ باب الشفعة بالعروض

١٣٦ باب الشفعة فى الارضين والانهار

صحيفة

١٤٠ باب الشفعة في الهبة
١٤٤ باب الخيار في الشفعة
١٤٢ باب مالاتجب فيه الشفعة من النكاح وغيره
١٥ باب الشفعة في المريض
١٥٤ باب تسليم الشفعة
١٦٠ باب شفعة أهل البغى
١٦٠ باب الوكالة فى الشفعة
١٦٨ باب شفعة أهل الكفر
١٧٤ باب الشفعة فى الصلح
١٧٦ باب شفعة اللقيط
١٧٦ باب الشفعة فى البناء وغيره

﴿ تمت ﴾

﴿ الجزء الرابع عشر من ﴾



كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الوافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

الحاج محمد افندي ساسي المغربي التونسي

مطبعة السعاده بجوار محافظة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصرف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة*نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان مايقابلها من جنسها أو من غير جنسها*ونوع منها ماهو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك*ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لأن الثمن ما يثبت دينا في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرب مايثبت دينا في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين بالتعين وكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا أخرى فيكون ثمنا في حال مبيعا في حال والثمن في العرف ماهو المعقود به وهو مايصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان دينا في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعاً لانه يجوز أن يكون مبيعا بحال بخلاف ماهو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الابل بالبقيع فربما أبيعه بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل واذاثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فواتَ التسليم فيـه لا يبطل العقد لان فى الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملـكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك العين والثمن دين فى الذمة أو للقدرة على التسـليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البدلين فى المجلس وانه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذى رويناه فانه قال النبي صلى الله عليـه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل أى مطالبـة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف مافي ملك كل واحد منهما لى ملك صاحبه لان البدل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا أن يكون مملوكاً لـكل واحدمنهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفا لمـا فيه من صرف مافى يد كل واحد منهما الي يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم مطلقا لان ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمى به لاستحقاق قبض البدلين في المجلس ولأن هذا العقـد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقـد دينا فى الذمة والدين بالدين حرام فى الشرع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الـكالئ بالـكالئ فما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه فى هذا العقد وكان ينبغى أن يشترط مقرونا بالعقد لأن حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير واذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس أحد البدلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهـذا المعنى ولسنا نعني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لوقاما أومشيا فرسخاثم تقابضا قبل أن يتفرقا أى يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما فى المجلس أو أغمى عليهماثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبى يوسف ولهذا لايجوز شرط الخيار فى هذا العقد لان الخيار يعدم الملك فيكون أكثر تأثيرا من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق مابه يحصل التعيين وهو القبض ما بقى الخيار وكذلك شرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذى يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهـذا العقدوقد دل ماقلنا على الاخبار التى بدئ الـكتاب بها فمنها حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صـلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيـد والفضل ربا الى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبينا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناءخسرواني قد احكمت صنعته فبعثني به لا بيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لاقيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعازف والملاهى شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع اناء من حديد باناءين فقال قد كانوا يبيعون لدرع بالادرع يعنى ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وانما قصد عمر رضى الله عنه بيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضى الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا نفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذى يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خيبر هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعنى من يدك الى

يده وإن استنظرك الى خلف هـذه السارية فلا تفعل وانما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة احدهما صاحبـه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح فى هـذه الحالة وكون السارية بينهما لايعـد إفتراق عرفا وعن محمد بن سيرين انه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن تكون الفضـة التى أعطى أقل مما فيـه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله صـلى الله عليه وسلم اذ اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم بعـد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئةسواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد فى حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيـه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد فى الـكل دفعا للضرر أما بيعها بالفضـة فعلى أربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد فى الوزن لان الجفن والحمـائل فضـل خال عن العوض فان مقابلة الفضـة بالفضـة فى البيع تكون بالاجزاء وان كان يعلم أن الفضة فى الحلية أقل جاز العقـد على أن يجعل المثل بالمثل والباقى بازاء الجفن والحمائل عنـدنا خلافا للشافعى وان كان لا يدرى أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فان الأصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبى بصرة قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا بيدوسألت ابن عباس رضى الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت فى حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضى الله عنـه فأمرنى رجـل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يأمرنى أن أسئلك عن الصرف فقال لى الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شئ سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضى الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر ردىء وأخذت هـذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت فقال ان سعر هذا فى السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت ثم قال صلوات الله عليه هـل لابعته بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا فقال أبو سعيد رضى الله عنه الفضل فى التمر ربا

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضى الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفى هذا دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضى الله عنهما عن فتواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضى الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فعلم ان حرمة التفاضل مجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها مافى معناها فان أبا سعيد رضى الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شيء يكون نصافيما هو فى معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطالب المفتي بالدليل اذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضى الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضى الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابى ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فامر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ماهو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب الى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما الى شريح رضى الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدرى مقدار الذهب الذى في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فحينئذ لا يعتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبدالله ابن أبي سلمة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرا بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اربيتما فردا وفيه دليل ان للامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين اذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره فى ذلك وان التفاضل حرام فى بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا ولم يعاتبهما على ماصنعا لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتانى الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءنى فقال اشتر بها غلة فجعلت أطلب الرجل الذى صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالى وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لأنه كان مقصود الاسود ان يشترى بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشترى بها دنانير ثم أمره بأن يشترى بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومسامحته في المعاملة وبين له الأسود أنه كغيره فيما هو مقصودى فلا يتكلف فى طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعت جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق الى أهلها وخذ اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل وجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضي الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤدبه وكان قصده بالسؤال فى الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ماهو دون ذلك وعن أبى رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوغه فأبيعه قال وزنا بوزن فقلت انى أبيعه وزنا بوزن ولكن آخذ فيه أجر عمل فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكاتب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه فى الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطي والكاتب والشاهد فيه سواء أي في المأثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت انى سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فمشي اليه أبو سعيد رضي الله عنه وأنا معه فقال له أسمعت من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فحدثه أبو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتى به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل اليد لان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقننا بالمماثلة وزنا والمماثلة اذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فانى أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانى أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خرجة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخبرة الأسدى فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقايا مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق فى مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضي الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معى لا تنفق فى حاجتى فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتى واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشتر بالدنانير دراهم تنفق فى حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لاقيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكريت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أتقاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولى له انطلق معه الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذ والا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أيصلح هذا قال نعم لا بأس بهذا انك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الاخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جوز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضي به صاحب الحق ولكن لما أشكل علي صاحب الحق سأله بقوله أيصلح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أى جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاشياء الستة وقال فى آخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضي الله عنه ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لاحدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضى الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلهذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته فى روايته ومعاوية رضى الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره فى آخر الحديث وان اشتريتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضي الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لاحدثن به لانى أتيقن بسماعه من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وان رغم أنف معاوية وعن أبي الاشعث الصنعانى قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم بيوعا لا يدرى ما هي ألا وان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ألا وان الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وان الحنطة بالحنطة مدين بمدين ألا وان الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد أربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فانه قال انكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجرى فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لان قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزيد آخذ والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فانى أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وان استنظرك الى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله لا يباع غائب بناجز أى نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما يثبت بالتفاوت في البدلين في القدر يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وان القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكنى عنه بقوله فان استنظرك الى أن يدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع السيف المحلى بالدراهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن الدراهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن ابراهيم قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف كالبيع يعنى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى قول علمائنا رحمهم الله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ووجوب التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال

سمعت عمر رضى الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين فان ذلك ربا العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يبتاع سحق هذا الدرهم فليبتع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا العجلان أى ربا النقد وهو اشارة الى ان الربا نوعان فى النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التى لا تنفق فى حاجة يقال ثوب سحق أى خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزيوف ولكن بعد بيان عينها ليتنفى الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن ابراهيم انه لم يكن يرى بأساً باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضا أو كان بسعر يومه وبه نأخذ فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوى أن الاستبدال قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك الى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا يجوز الاستبدال به قبل القبض و بمنزلة دين لا يقبل الأجل كبدل الصرف وهو وهم منه فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية ومايسترد فى حكم عين المقبوض على ما نبينه فى بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يشترى الرجل الثوب بدينار الادرهم وبه نأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولا أيضا والبيع بثمن مجهول لايجوز واذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا بوزن جيدها ورديئها ومصوغها وتبرها وابيضها واسودها فى ذلك سواء للأحاديث التى رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيده ورديئه وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه فى ذلك سواء لانه لاقيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا يجوز فيه شئ من الأجل لما بينا أن التقابض واجب فى مجلس العقد وترك أحد البدلين في المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافى مقتضي العقد مبطل له واذا اشتري فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعى رحمه الله لايجوز لان الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من السوداء بازاء البيضاء مثل وزنها والباقى بازاء مازاد ترجيحا لجهة الجوازعلى جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفا محلى بدراهم أكثر منها وزنا يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها باثنى عشر دينارا ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا اذا كان يعلم أيهما أكثر وزنا أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد واذا اشترى لجاما مموّها بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجرى الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى دارا مموهة بالذهب بثمن مؤجل فانه يجوز وان كان بسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لانه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهنا بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لان عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجعل استيفاؤه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك ببدل في الصرف واذا كان حلى ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه الا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر اذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضا وقد بينا نظيره في السيف المحلى فان باعه بدينار نسيئة لم يجز فان في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه الا بضرر فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة في الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلا بمثل عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الاول ليس بمراد فالأحكام لا تبنى على مالا طريق لنا الى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شرط جواز العقد اذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فان وزنا بعد العقد وكانا متساويين فان كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحسانا لان مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى ان انعدام الدينية في البدلين شرط جواز العقد ثم اذا

انعدم ذلك بالتقابض فى المجس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة وان وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر ان كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهى المماثلة كان موجودا عند العقد فانه لا تأثير للوزن فى احداث المماثلة وانما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بحضر من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكنا نقول قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير لوزن الذى هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفصل موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمتحقق وتأثير الفضل فى افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم بأ كثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقابض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد فى حصة الحلية بترك التقابض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا في حصة الجفن والحمائل كما لا يجوز ابتداء البيع فى الجفن والحمايل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية فى المجلس جاز لأن قبض حصة الحلية فى المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فيصرف المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض فى المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكأنه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض الى آخر المجلس لا يضير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يرده وكان شريكا فى الدينار بحصته لانه تبين أنه كان قبض فى المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى فى هذا اللفظ فقال قوله كان شريكا فى الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك فى مثل ذلك الدينار بالعشر لان النقود عندنا لا تتعين فى العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقابض لو

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا فى ذمته الإ أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لأن الدين بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض فى المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما فى القبض بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى فى ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد *قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع فى المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم يكن موجودا فى ملكه لايمكن اثبات حكم البيع فيه واضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه لايجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد فى الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد صحيحا قال وليس هذا مثل بيع الرجل ماليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى مابينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ماليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك فى السلع دون الأثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة فالتبر والمضروب فى كونه ثمنا سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج النقود وقد بينا الكلام فى الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى اناء مصوغا أو قلب فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا فى المجلس بخلاف الدراهم والدنانير فانها اذا استحقت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدراهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرفنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما بينه وهذا اذا لم يجز المستحق العقد اما اذا أجازه جاز العقد لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لاجيز العقد فله أن يجيزه وان لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لانه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الازالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا وتتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئا بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأبى ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحقت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعين كما في السلم وهذا يدل في عقد معاوضة فيتعين بالتعين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلا لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفا محله والدليل عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المغصوبة ورد مثلها لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه اذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه مالا يرغب في غيره وأما منفعة المشتري فمن حيث انه لا يطالب بشيء آخر اذا هلكت تلك العين في يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشتري بها شيئا فهلكت بطلت الوكالة وتتعين في النذر أيضا والدليل على أنها تتعين في البيع أن الغاصب اذا اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعاما ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصدق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصدق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكرخي يقول

النقود تتعين في العقود جوازا لا استحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصدق بالدراهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها لصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلم ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف كما في السلم فان منع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبقيع فربما نبيعها بالدراهم ونأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدراهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعيين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى في العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل العقد اذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر الدراهم لا بعينها وليس في غير الدراهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هي والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا المعنى فعرفنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهي تتفاوت في الربح فكان تعيينها مفيدا في الجملة اما ماذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكمل من العين لأن بدون التعيين لا ينتقض العقد وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه واذا ثبت دينا في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمنا والثمن ما يكون في الذمة كما قاله الفراء فاذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك ينافي موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في الثمن وجوبه

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلع فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشترى فيما كان مملوكا للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلع قيامها فى ملك البائع الا فى موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك فى السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افترقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجبر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعيين الدراهم هنالك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك فى باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعلا لما هو الحكم شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطلا للعقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا كان دينا فى الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم فى ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها ماقبل الشراء اذا هلكت فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة فى نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن فى ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب الوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفى مسئلة الشراء بالدراهم المغصوب لا تتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان فى العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن فيه الخبث فلهذا لا يحل له تناوله وفى مسئلة الجامع لم تتعين الدراهم أيضا بدليل انه لا يلزمه التصدق بها ولكنه لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لا تتعين فى عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كانه قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر فى بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك وملك الكر بنفس العقد والشروط فى الأيمان تعتبر بحسب الامكان * قال واذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السـوداء الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون اسـتبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض الدراهم فأراد أن يعطيه ضربا آخر من الدنانير سوى ماعينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضي به كان مستوفيا لا مستبدلا لـكون الجنس واحدا وقد بينا ان ماعينه لم يتعين وانما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هـذا اذا اعطاه ضربا هو دون المسمى فان اعطاه ضربا هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشترى الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليـه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هـذا فى السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما نقدا لناس فى ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هى المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية لان الدراهم والدنانير فى البـلدان تختلف وتتفاوت فى العيار والظاهر أن فى كل بلدة انما يتصرف الإنسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد إلا أن يسمى ضربا من ذلك معلوما والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفيا ونحوه ومن الدراهم عطريفيا أو مؤيديا ونحوه اذا كانت النقود فى لرواج سواء لانه لا يمكن ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالمطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب بادنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد العقد إذا لم يسم ضربا معلوما وان كان نقدا من ذلك معروفا وشرطا فى العقد نقدا آخر فالعقد ينعقد على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط اعتباره اذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحـدهما شرطت لى كذا لشيء أفضـل من النقـد المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما فى مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الرديء حتى اذا حضرا كان أحدهما غير الاخر واختلاف المتبايعين فى الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذى يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها * قال واذا ابتاع الرجل سيفا محلى بفضة بعشرة دنانير

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشترى السيف من آخر وقبضه المشترى الآخر ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فانه يرد السيف الى المشترى الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض و ذا بطل العقد الثانى رجع السيف الى المشترى الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقدفسد شراؤه بالافتراق أيضا فلزمه رد المقبوض الى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نقده الآخر جاز بيع الاوسط فى السيف لانه باعه بعدم تمام ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثانى بالتقابض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقى ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاؤه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الأوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع اليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخاصمهم فانه يدفع الى الأول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع فى نصفه فيضمن الأوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدى الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم * قال واذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التى لى عليك فهو جائز وان أبى لم يجبر على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا اذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البدلين فى المجلس مستحقا وفى المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الابراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان فى المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببدل الصرف الدين الذى كان واجبا وبدل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو أضافا العقد

اليه في الابتداء جاز بأن يشترى بالعشرة التى عليه دينارا ويقبض الدينار في المجلس فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء لأنهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا ومالا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصود الكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضى لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قدتم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضى العقد القائم بينهما حقهما ويملكان استدامته ورفعه فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كانهما فسخا العقد الاول ثم جدداه مضافا الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بالاقالة يصير رد المقبوض مستحقا في المجلس والدليل عليه أنهما لو جعلا بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لايجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول أنهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصلح منهما اضافة العقد اليه في الابتداء وذلك في الدين الذى سبق وجوبه على عقد الصرف دون ما تأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات الى ان المقاصة أيضا تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبي سليمان مثل ما ذكر في الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لأن ما يقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دينا بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدى البقية انتقض من الصرف بقدر ما بقى اعتبارا للبعض بالكل والفساد لمعنى طارئ في بعض العقد لا يتعدى الى ما بقى ولو وكل احدهما وكيلا بالدفع والقبض جاز بعد أن يقبض الوكيل قبل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشترى من صاحبه شيئا بثمن الصرف قبل أن يقبضه لما في الاستبدال من تفويت القبض المستحق بالعقد في المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشترى به من غيره شيئا لان التصرف فى الدين مع من عليه أقرب الى النقود منه مع غيره فاذا لم يجز الاستبدال ببدل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز * واذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض الابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف الابريق ويبطل نصفه اعتباراً للبعض بالكل ولا يتخير فى الرد بسبب عيب التبعيض لانه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البدل بخلاف ما اذا استحق نصف الابريق فانه يتخير فيما بقى منه لان التبعيض فى الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيما غير نافذ فله أن يرده بالعيب لانه بمطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة الابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفى الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضا لان نقصان العيب من الثمن فاذا رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة الابريق أقل من وزنه من الفضة الا أن يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقى على البائع حتى انكسر الابريق لزمه النصف الباقى بالعيب الحادث عنده فيه ورجع بنصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببدل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه فى معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان المقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدلين وانما الباقى لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقى من العشرة فاراد الذى اشتري منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله ذلك لان العقد فسد فى عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى وقد بيناها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقى ملكا له فى يد صاحبه أو دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبدل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم مستحق له بعقد الصرف والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز. واذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه ان يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما فى ذمة زيد لا يكون مالا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدرى متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين فى العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه ألا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن فى ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين فى ذمة المشترى وهذا لانه اذا أضاف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكنا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقان أحدهما أنه باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدرى متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثانى انه شرط أن يكون ثمن المشترى فى ذمة غير المشترى مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدنانير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف اذا أخذها المستحق لانتقاص القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولاحدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار ولكنا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام.

فالقبض الذى ينبنى عليه يكون تاماأيضاوانما فيه خيار حكمى للمستحق وذلك لايمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤيةوالعيب فاذا أسقط هذا الخيار بالاجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فانه يجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بالشرط على مابينه فى بابه ان شاء الله وان كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لان المودع هنا بائع الابريق فانه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفى الاول المودع مشترى الدنانير لنفسه بالدراهم ثم نقد دراهم الوديعة دينا عليه فكان مستقرضا فاذا أجازه صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى رجل عشرة دراهم ودينارا باثنى عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا أو درهما بدينارين أودرهمين فهو جائز عندنا استحسانا على أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

باب الخيار فى الصرف

قال واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وان تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لانهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقابالشرط لان قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم أيضا ومعنى الغرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فاذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فانما افترقا بعد قبض تام واذا افترقا قبل اسقاط الخيار فانما افترقا قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسد اذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن خلافا لزفر وقد بيناه فى البيوع وكذلك ان كان الخيار للبائع أو لهما طالت المدة أو قصرت وكذلك الاناء المصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لايتخلص الا بكسر الطوق لان العقد فى حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد فى الكل لانه لا ينفصل البعض عن البعض فى التسليم الا بضرر فاما للجام المموه وما أشبهه فان شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخلص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشترط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تمييز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط الأجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افترقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المفسد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشتراهما بحنطة أو عرض واشترط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الأثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افترقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ماذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لايجوز هـذا العقد أصـلا لان من أصـل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين في العقد إذا عينت واذا كانت بغير عينها فان لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه بيع ماليس عنـد الانسان وان صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لانها ثمن وان كان بمقابلتها النقـد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة اذا قابلها مالا يكون الا ثمنا اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمنا للاشياء فانما يتعلق العقد بالقـدر المسمى منها فى الذمة ويكون ثمنا عين أو لم يعين كما فى الدراهم والدنانير وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر فى الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكانهما تفرقا قبل التقابض واذا كان الخيار مشروطا لاحـدهما فتفرقا بعـد التقابض فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار فى البدل الذي من جانبه وقبض أحد البدلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه اما عنـد أبى حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليـه البدل الذى من جانبه لا يملك البدل الذى من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا فلوسا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفرق أو لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افترقا عن عين بدين لأن الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ماسبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فلهذا شرط هنالك قبض أحد البدلين فى المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحما أو غير ذلك بعـد أن يكون المبيع بعينه لان الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلسا بدرهم أو درهما بكذا فلسا لان الفـلوس الرائجة ثمن كالنقد عنـدنا صحبها حرف الباء أولم يصحبها وقيام الملك فى الثمن عند العقد ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غـيرها مما يجوز بين الناس وإن أعطاها بعينها فوجد فيها فلسا لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيف فى الدراهم لانه مادام ثمنا فانما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتعيين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسـين بأعيانهما وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا وبيع قمقمة بعينها بقمقمتين بأعيانهما يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين النافقة لانها لو كسدت قبل أن يقبض منها شيأ بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا للبعض بالكل وعلى قول زفر إذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكنا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمنا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية ففي حصة مالم يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد العقد فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري مابقي من الفلوس ولا خيار له في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا المعنى * قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفضل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدانق فلوس أو بقيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أفحش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل .

وعند زفر لا يجوز مالم يبين عـدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية لدانق والدرهم لان الناس قد يستقصون فى بيع الفلوس وقد يتسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عـددى فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيـه بنفى ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدراهم وأبو يوسـف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم فى السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذاك العدد فى الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفى الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هـذا اللفظ . يوضح الفرق أن الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقمنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلهـذا قال هو فى الدرهم أخش ﴿ رجل ﴾ أعطى لرجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد *قال فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل فى الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولم يبطل العقد فى الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحـد البدلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة ففى قياس قول أبى حنيفة يفسد البيع كله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصـة الصرف لان العقد فى الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند أبى حنيفة اذا فسد العقد فى البعض لمعنى الربا يفسد فى الكل وقد بيناه فى البيوع *قال رضي الله عنه الأصح عندى ان العقد يجوز فى حصة الفلوس عندهم جميعاً على ما وضع عليه المسئلة فى الأصل فانه قال وأعطنى بنصفه الباقى درهما واذا تكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد فى أحدهما شرطا للقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم فى المختصر وفى النصف الباقى درهم صغير فحينئذ يكون العقد واحداً لانه لم يتكرر مابه ينعقد العقد وهو قوله أعطنى ولو قال أعطنى كذا فلساً ودرهماً صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا لانه قابل الدرهم هنا بما سمى من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقى كله بازاء الفلوس* رجل باع درهما زائفا لا ينفق من رجل قدعلم عيبه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس اذ كان كل عشرين بدانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم صغير وزنه دانقان اذا تقابضا قبل التفرق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف مثل وزنه والباقى كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط فضة لم يجز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا فى النبهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف الستوق ولو قال بعنى بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لانهما نوعان مختلفان وان باعه إياه بخمسة أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سمى يقع على الفضة دون الفلوس وان كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذاك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئاً بدانق أوبدانقين أو بنصف درهم فهذا كله يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز والدرهم دين عليه لان العقد فى الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس فبقى دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت فى القياس هو جائز أيضا لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفى الاستحسان بطل العقد لفوات صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لانه مقبوض فى يده بسبب فاسد وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع ينتقض استحسانا لانها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمنا وماليتها كانت بصفة الثمنية مادامت رائجة فبفوتها تفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائما أو قيمته ان كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن يكون لازما ويتخير البائع فى نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوساً لأن هناك بعد الكساد لايجوز ابتداء ذلك العقد لأنها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن تجعل ثمنا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز وغيره وان اشترى فاكهة بدانق فلس والدانق عشرون فلسا فلم يرد الفلوس حتى غلت أو رخصت فعليه عشرون فلسا لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد بتسمية الدوانق مسميا ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشتري فلوسا بدرهم فوجد فيها فلسا لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقة وان لم يستبدله حتى افترقا لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفا قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضا ما لم يتفرقا لان الدينية الى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدراهم كما في الصرف واذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض القبض فيه من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان دينا بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقا لانه بمنزلة الزيوف في الدراهم وقد بينا في الصرف والسلم انه اذا وجد القليل زيو فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياسا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسئلة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدى الناس بخلاف ما اذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب فى ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شئ كما اذا غلت أو رخصت وهذا لان جواز الاستقراض فى الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من ان يكون من ذوات الامثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد يوضحه أن بدل القرض في الحكم كانه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كانه غصب منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برد عينها فهنا أيضا يبرأ برد مثلها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت القيمة فانما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فانما يعتبر قيمتها بآخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ماذا أتلف شيئا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن أيدى الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد بآخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا فى كتاب الغصب وان استقرض دانق فلوسا أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه الا مثل عدد الذى أخذ لان الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضنى دانق حنطة فاقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدانق فيه وكذلك لو قال أقرضنى عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالحاصل وهو ان المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الامثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شئ آخر فعليه أن يرد مثل المقبوض وكذلك مايعد من الجوز والبيض وان اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال تارة ويعد أخرى وقد بينا جواز السلم فى الجوز كيلا وعدداً وما فيه من خلاف زفر فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المعتبرة فى القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة فى مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض فى معنى العارية لان ما يسترده المقرض فى الحكم كانه عين ما دفع اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لان اعارته لا تؤثر فى عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا فى عينه وكل ما يتأتى فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به الا مع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تمليك لعينه واذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز فى كل مكيل أو موزون وكذلك فى العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل وانما يختلفون فى اقراض الخبز فالمروى عن أبى حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبى يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد انه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم فى الخبز فلا يجوز عد أبى حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم فى اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبى حنيفة قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفى كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة افسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لان السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم فى الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم فى الخبز لهذا المعنى فلأن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا فى البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لانه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لانه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم انه سئل عمن استقرض رغيفا فرد أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وانما استعظم محمد قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد لتعارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقى استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلايجوز استقراض شئ منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا فى الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندى فى السلم وعند الكل فى النكاح والخلع والصلح فى دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجبه ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله فى الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لموجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن فى الجوارى لا أجوز الاستقراض كما لا أجوز السلم على أحد القولين وعلى القول الذى يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود فى الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لايجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود لمايعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه. وحجتنا فى ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجوارى ولهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا فى الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة فى المالية لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل فى الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فاذا تعذر ذلك فى الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط المعادلة فى المماثلة مع أنه لا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك فى القرض ابتداء وعذره فى الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز فى مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة ففيما تنفصل المنفعة فيه عن العين تتأتى حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روى انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضي ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول الغصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حاله لان الشرع لا يرد به فلابد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالاً وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لانها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لانها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك *ولا يجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الأجل في القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والأجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالابراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه اصار التبرع ملزما المتبرع شيئاً وهو الكف عن المطالبة الى مضى الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل فى القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض فى الحكم عين المقبوض اذ لوجعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض فى الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابراء لانه بالابراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه الى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل فى بدل الغصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعى رحمهما الله أما مع الشافعى فالكلام ينبنى على أصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط فى عقد المعاوضة حتى قال لو أجله فى الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالابراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك فى بدل الغصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة فى صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت فى المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزما * وجه قولنا ان بدل المستهلك دين فى الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض فى العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرجه المستقرض عن ملكه ولكنا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فاذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار فى تعيين ما يرده الى المستقرض وهذا لانه دين فى ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلاعتبار انه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء الى من فى ذمته ولاعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للاصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية فى كل ما لا تمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لأن المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطا له على استهلاك العين فى حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض * قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم فى حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاوانى من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لأن منافعها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يجز بيعه فيها وكذلك اللالئ و لا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما قالت أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقا من تمر خيبر وعشرين وسقا من شعير فقال لي عاصم بن عدى أعطيك تمرا هنا وآخذ تمرك بخيبر فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهانى عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشتراط ايفاء بدل له حمل ومؤنة فى مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستقراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه أبي بن كعب رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابي رضى الله عنه نخل بعجل فأهدى أبي بن كعب رضى الله عنه رطبا لعمر رضى الله عنه فرده عليه فلقيه أبي فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعث الي مالك نخذه فقال عمر لابي رضى الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدى اليه لاجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضى الله عنه انه ما أهدى اليه لاجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة فى الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لورد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن فى قضاء الدين وهو مندوب اليه . بيانه فى حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

انما كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما اذا كان يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالمشروط والذى يحكى انه كان لابى حنيفة على رجل مال فأتاه ليطالبه فلم يقف فى ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان أبا حنيفة كان افقه من ذلك فان الوقوف فى ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوبا وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضنى فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة العينة وهوان يبيعه مايساوى عشرة بخمسة عشر ليبيعه المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا فى معنى قرض جر منفعة والاقراض مندوب اليه فى الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع مما يدنو اليه والاقدام على مانهوا عنه من الغرور وبنحوه ورد الاثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمر والحسن رضي الله عنهما قال فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها فى السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الي مكة وقال انههم عن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف وعن بيع مالم يقبض وعن ربح مالم يضمن وبه نأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيأ ليقرضه أو يؤجله فى الثمن ليعطيه على ذلك ربحا وبيع مالم يقبض عام دخله الخصوص فى غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهى عن البيع مع بقاء الغرور في الملك المطلق للتصرف وذلك فى المنقول دون العقار وقد بيناه فى البيع وعن ربح مالم يضمن هو فى معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس فى ضمان المشترى فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له * وزاد فى بعض الروايات عن بيع ماليس عنده يعنى ما ليس في ملكه بيانه في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله انى ربما أدخل السوق فاستجيد السلعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشعبي قال أقرض عبدالله بن مسعود رضى الله عنه رجلا دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضى الله عنه فقال لا الامن عرضه مثل دراهمي وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضي الله عنه ان الرجل انما فعل ذلك لأجل القرض فلهذا كرهه وقد رد عمر رضى الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بلقاء فقال انه أوصي الى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتر من ماله شيئا ولا تستقر من منه شيئا وبه نأخذ فنقول ليس للوصى أن يستقرض من مال اليتيم لانه لايقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصى من مال اليتيم لنفسه شيئا لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفي التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضى الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا وبه نأخذ فنقول المنهى عنه هى المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الإحسان بالإحسان وانما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به اذا لم يكن مشروطا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم الى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما اذا كان مشروطا فذلك مكروه والسفاتج التى تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط فى القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة * رجل باع من رجل عبدا بثمن مسمى الى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضى الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا فى الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مقيدا غير معتبر اذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان فى القرض للتسليم لا يلزم وهو الأجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين فى البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها ففيماله حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسليم فيماله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم مالم يأتيا ذلك المكان واما مالاحمل له ولامؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتى ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم فى الحال لأن التسليم فيمالاحمل له ولا مؤنة لايتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل فى ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وابرأه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في الكل فكذلك فى البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لايتمكن فى هذا التصرف معنى المبادلة وصحة الابراء لاتستدعى القبض وهذا بخلاف مالو صالحه على أن أجله فيها شهرا لأن التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقراض والمعنى الذي لاجله لايلزم الأجل اذا اقترن بالاقراض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقراض وان صالحه على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة فى هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ماقبض بعضها يبرأ من حصة المقبوض وعليه رد ما بقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر أومصوغ لايعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجرى وتوهم الفضل كتحققه فيما ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان فى لفظ الصلح ما يدل على ان ماوقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الرائجة لاتتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه قابض للدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا فى بيع الفلوس بالدراهم أن قبض أحد البدلين قبل الافتراق يكفى قلنا ثم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن يكون دينا بدين فيكون هذا افتراقا عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلا ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت في ذمته ماهو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جائز على الدنانير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يتملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسعمائة على المكفول عنه ﴿ قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل ﴾ لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكا جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف ربا * قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جائزا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدى والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التى أخذ لانه انما اعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو أعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفيا منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فاذا من لزمه الرد تخير بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفيا بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضي الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا

في رواية أبي سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي حفص قال هذا قول أبي حنيفة أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبني على ما بينا في كتاب البيوع واذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي عليك في كر حنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسئلة فكذلك في هذه اذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار انه أضاف الوكالة الى ملكه فالدين في ذمة المديون ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لانه أمره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلكت قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع اليه مؤتمن لانه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل اليه من ماله فان صرفها وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لانه في القبض بحكم العقد عامل للآمر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الآمر حتى يأخذ منها حقه فاذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لانه في هذا الاخذ عامل لنفسه وانما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بأمره وان قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لانه بالبيع ممتثل أمره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الاول فان هناك أمره بالبيع للآمر فكان في القبض عاملا للآمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك واذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على ردته فقرضه الذي عليه دين في ماله اما لأن تصرفه قد بطل فبقي هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لان تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقي محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغي أن لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه فى المال يقدم على حق الورثة ولهذا يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه فى حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والصبي والمعتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع * واذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا أطلق فى نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة فى كتاب الوديعة فهى فى القرض أظهر . وان أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذى بينا وان لم ينص عليه وعند أبي يوسف يؤاخذ به فى الحال كما فى الوديعة . وان وجد المقرض ماله بعينه عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه . واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى أجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر وانه ساحرام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما أولى . والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فللآخر ان يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تتعين بالقبض وان كانت لا تتعين بالعقد والله أعلم بالصواب

باب الرهن فى الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير ونقده الدنانير وأخذ بالعشرة رهنا يساويها فهلك الرهن فى يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا فى البيوع حكم الرهن برأس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم بقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا بقي عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفا على بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهنا فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهنا بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فانه يقضى له بالسيف لان أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالاقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لانه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته فى حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين فى العقد فى أنه جعله كالسيف فى أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فان هلك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لان تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهنا بالثمن أو بالمثمن لان الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف فى المعادن وتراب الصواغين

قال رحمه الله ذكر حديث أبى هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية اذا هلك الرجل فى البئر جعلوها عقله واذا جرحته دابة جعلوها عقله واذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذى خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لانها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذى لا يفصح يسمى أعجميا والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لانه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها فى نفسها وفى بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة اذا رمحت برجلها فلاضمان فيه على السائق والقائد لان ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لان فى وسع الراكب أن يمنعه بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن فجبار لان سقوطه بعمل من يعالجه فيكون كالجانى على نفسه وفيه دليل لنا على وجوب الخمس فى المعدن

فقدأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب المخلوق فى الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان الركز هو الاثبات يقال ركز رمحه في الارض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقة أو وضعا وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم فى قرية خربة فقال علي رضى الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها فى قرية يؤدى خراجها قوم فهم أحق بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدى خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك وسنتمها لك فجعل الكل له وفيه دليل لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ان واجد الكنز فى ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الارض بعد ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك فى الواحد اذا رآه محتاجا اليه وله أن يضع ذلك فى بيت المال كما رواه عن علي رضى الله عنه فى الحديث الآخر قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسه بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق ان رجلا وجد كنزا بالمدائن فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت بفيه الكثكث يعنى التراب فهل لا أخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسه وهذا مثل في العرب معروف للجانب المخطئ فى عمله وهو مراد عائشة رضى الله عنها بما قالت يعنى انه خاب وخسر لخطئه فيما صنع فى دفعه الكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا يدفع الى العامل الاقدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى دير خربة فوقعت فيه ثلمة فاذا استوقة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها عليا رضى الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقى منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا دليل على جواز وضع الخمس فى قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن يفعله بنفسه لأن خمس الركاز فى معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك فى قرابة الغانمين جائز اذا كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الازدى قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبى بمائة شاة تبيع فلامته امى وقالت اشتريته بثلثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فندم الرجل فاستقاله فأبى أن يقيله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فعالج الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واعطنى مالى فأبى عليه فقال

لاضرنك فأتى عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال على رضى الله عنه اد خمس ماوجدت للذي وجد الركاز فاما هذا فانما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على ان بيع المعدن بالعروض جائز وقوله بمائة شاة تبيع أى كل شاة يتبعها ولدها وهى حامل بأخرى وهذا معنى ملامها اياه حيث قالت اشتريتها بثلثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنها وفيه دليل على ان المتصرف لا ينبغى له أن يبنى تصرفه على رأى زوجته فانه ندم بناء على رأيها ثم خرج له منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيه دليل على أن خمس الركاز على الواجد دون المشترى وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز فى الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على انه لا ينبغى للمرء أن يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحوق الضرر به كما ابتلى به هذا الرجل وهذا معنى مايقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسيء ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لاخير فى بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك فى الماء وبه نأخذ فالمقصود مافي التراب من الذهب والفضة لاعين التراب فانه ليس بمتقوم وما فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا فان علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز على مابينه انشاء الله وعن عبد الله ابن عمر رضى الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد فى الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فانجاء صاحبها والا فهى لك وفيه دليل على ان الملتقط عليه التعريف فى اللقطة وبظاهره يستدل الشافعى ويقول له ان يتملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولكنا نقول مراده فاصرفها الى حاجتك لانه صلى الله عليه وسلم عامه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها فى الخرب العادى ففيها وفى الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لانه عطفه على الكنز وانما يعطف الشيء على غيره لا على نفسه وكل من احتفر من المعدن فعليه خمس ماوجد وله أربعة اخماسه لما روينا من الاثر قال وأكره أن تتقاسموا التراب ولا أجيزه وان فعلوا حتى تخلص تقاسمونه على ما يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما فى التراب وحقهم فى ذلك سواء وعند قسمة التراب لا يعلم مقدار مايصل من المقصود الى كل واحد منهم فهم فى معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجز لانه لا يدرى أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضى الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما فى التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمتقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقى فى مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحرزها ويخرجها وتأويل حديث علي رضى الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقى ولهذا قال علي رضى الله عنه ادخمس ما وجدت من الركاز يعنى ما أحرزته وكذلك ان أعطاها رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه فى اخراج المباح وذلك باطل فرجع فى عوضه وما احتفر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس فى ذلك ٭وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجز لان المقصود ما فى التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك فى البعض ويقل فى البعض الآخر وينعدم فى البعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجز لتوهم الفضل فيما أعطاه وان

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار اذا رأى مافيه . واذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود مافيه واستقراضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التى يدعيها المقرض وان كان استقراض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط فى القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول فى مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمتقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المعقود عليه ما فى التراب وبالمساواة فى وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا رأى مافيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

باب صرف القاضى

قال رحمه الله وحكم القاضى فى الصرف وحكم وكيله وأمينه كحكم سائر الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فمباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرته لا على وجه القضاء وان كان لليتيم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس فى هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصى فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيأ لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيرا لليتيم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للاثر الذى روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة مذكورة فى كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أبيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدرى لعل فيه من أحد النقدين خاصة مثل الذى بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم مافيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره فى بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلى أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما فى التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرا وبذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقى بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعا على ما بينا فى تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو مافى التراب. ولو اشتري ذهبا وفضة لا يعلم وزنهما بفضة وذهب لا يعلم وزنهما جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق إسم لما يخرج للجند من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له فى السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد فى عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولسنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله فى انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان دينا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز فى العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه لدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما فى ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له فى فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلى والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

معلوم ببدل معلوم فلا تشترط المساواة بين الاجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة فى الوزن لان مايشترط له من الأجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك اذا استأجره ليخلص له ذهبا أو فضة من تراب الصواغين أو تراب المعادن اذا اشترط من ذلك شيئا معلوما لان مقدار عمله بعد تبيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا تمكن فيه منازعة وكذلك ان استأجره ليفضض له حليا أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبدل بمقابلته معلوم وكذلك ان استأجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهب التمويه على الذى يأخذ الاجر فلا خير فيه لأن مقدار مايحتاج اليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولأن العقد فى ذلك صرف فلا بد من التقابض فى المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرزا بقيراط ذهب فهذا باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده اليه ويقول موه به وكذلك ان استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لايجوز إلا أن يتقابضا لأن العقد فى الذهب صرف ولو استأجره بعرض أو بشىء من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة مسمى فهو جائز لأن بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعا والقبض في المجلس ليس بشرط فى بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهى اجارة صحيحة فان عمله فقال المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لى وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه لانكاره القبض فى بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه الا أن يرضى أن يأخذ بقوله لانه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة مازاد التمويه فى متاعه وقد بينا نظائره فى باب الاستصناع من كتاب الاجارات فى مسئلة الصباغ وان استأجره يحمل له مالا من أرض الى أرض أو ذهبا أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره يبيع له ذلك شهرا فالمعقود عليه منافعه وهى معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره ليبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لأن الاجارة وردت على البيع والبيع ليس فى وسعه فهو بمنزلة ما لو استأجر إنسانا للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يحفر له في هذا المعدن عشرة أذرع بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف مايخرج منه كان فاسدا لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون

بمنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو فى المنفعة بعقدفاسد وان استأجر اناء فضة أو حلى ذهب يوما بذهب أو فضة جازلأن المستأجر منتفع به لبسا أواستعمالا والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للاجارة وانما يردعقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة فى الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفا محلى أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدراهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغا يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد فى هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضا كذلك ثم استأجره فى اقامة عمل معلوم فى ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفى لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده واذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض فى الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق فى يده وهو غير راض بازالة يده عنه مالم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسئلة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكا لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين مازاد من الذهب قائم فى الطوق فالصائغ فيه كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه مالم يصل اليه كمال العوض وان أمر الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرضا من عندك لم يجز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصائغ عاملا فى ملك نفسه ثم بائعا منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضا للذهب بخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملا له فى ملكه فلهذا يستوجب الأجر عليه وفي مسئلة الخاتم يفسد أيضا لعلة أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب الغصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من أصله أن للجودة والصنعة فى الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى الى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه فى الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا انما يكون شرطا فى العقد فاما في ضمان المغصوب والمستهلكات فلا تمكن الربا بناء على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين فى كتاب البيوع والغصب والقول فى الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر للزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه متعذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه فى الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور اليه بالضمان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشئ لان شرط التضمين تضمين المكسور اليه فاذا أبى ذلك كان مبرئا له بخلاف الثوب اذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفى الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فايجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدى الى الربا فان قضي القاضي عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فان تمليك الفضة المكسورة بالذهب والتقابض فى المجلس شرط فى الصرف ولاجله يثبت حكم الربا فيه حتي لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه فى حكم التقابض فى المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفى الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضي له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح فى المجلس لان العقد فيه صرف .وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضي القاضي على الغاصب بردعين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك فى المضمون شرطا لتقرر حقه فى القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك فى البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يتملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلوجود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصة الصفائح فى المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض فى الصرف للتعيين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين فى الابتداء وهذا لا يوجد فى الغصب فالغصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعيين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة . يوضحه انه لو انتقض القضاء بالافتراق عن المجلس احتاج القاضي الي اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلحا على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلا بدون القاضي عين مايأمر به القاضي أورفعا الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل فى الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لزفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة فى المجلس عنده واجب والثانى ان بدل المغصوب والمستهلك عنده كبدل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالثمن فى البيع واذا استهلك أناء من نحاس أو حديداأو رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدى الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى يجوز بيع الواحد منه بالاثنين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاوانى المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه وقد فوته بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئا آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمنه قيمة الاول مصوغا وقد بينا المسئلة فى كتاب الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذابها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا لمثله والمخلوط يصير مملوكا له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف فى كل مايخالط وقد بيناه فى الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل ماغصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه أو سبك ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أودنانير فجعلها عروة فى قلادة فهذا استهلاك وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفا من أوصاف ملكه حتى يدخل فى بيع ملكه من غير ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير الساحة اذا أدخلها الغاصب فى بنائه واذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردإ ولو أبرأه عن بعض القدر جاز فكذلك عن الصفة وفى الاجود أحسن الغاصب فى قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه كمالو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه فى البيوع وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقده الدنانير والدراهم قائمة فى منزل الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهـذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه اناء فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضـة مثلها بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لزفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليـه بالصلح وهذا لان المغصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فما يقع الصلح عليه يكون بدل المغصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائمـا بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الا يدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضـة مبتدأة وان كان الاناء غائبا عنه فقال اشتريته منك بنسيئة فاني أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا انى استحسن في الصلح اذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أو هو مقر به فاني أكره الصلح والبيع في ذلك الا على مايجوز في الصرف فان مايجرى بينهما صرف بزعمهما فيؤاخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف في الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبـل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة في بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاكها في يد المودع كهلاكها في يد المودع فاذا لم يجدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البدلين. وان أودعه سيفا محلى فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شيء واحد وقد انتقض العقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

تميز البعض من البعض فى التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلى فدفعه اليه ولم يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغى أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان فى حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولاتجعل الحلية بمقابلة النصل فى العقد لان العقد فى الوجهين صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لالغائها بعد صحتها واذا فسد العقد فى حصة الصرف يفسد فيما بقى أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر فى تميز البعض من البعض فى التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان فى الحلية فضل أضيف الفضل الى الحمائل من الجانب الاخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها فى العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشتري نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز فى الشاة والدرهم والثوب لان العقد فى ذلك ليس بصرف وتميز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ فى البعض لايتعدى الى مابقى ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانهما جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولى من البعض فللمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقاقبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد فى ذلك الجزء صرف وجاز البيع فى كل واحد من الثوبين بصاحبه بالحصة التى سميت له ولاخيار له فى ذلك لان عيب التبعيض بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما

واضيا بعيب التبعيض فلهذا لا خيار لهما فى ذلك والله أعلم بالصواب

باب الصرف فى الوزنيان

قال رحمه الله رجل اشتري من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لان شرط الجواز المساواة فى الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة فى المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعنى بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود . ولو اشترى مثقالى فضة ومثقالى نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقى لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم فى مال الربا انه يقابل الشئ مثله من جنسه فالحاصل أن حكم الربا فى الفروع يثبت على الوجه الذى يثبت في الاصل لانه انما يتعدى الى الفرع حكم الأصل فكما أن فى الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك فى الفروع وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز الا وزنا بوزن لان الحكم فى الفرع يثبت على الوجه الذى يثبت فى الأصل وفى الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء فى ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وان افترقا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا فى البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع فى الأموال الربوية فى اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالاسرب فهذا رصاص كله يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الاحمر بالشبه والشبة واحد والنحاس اثنان يدا بيد من قبيل ان الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة الصبغ الذى فى الشبه قال ولا خير فيه نسيئة لانه نوع واحد وبزيادة الصبغ فى الشبه لا يتبدل الجنس ولانه موزون متفق فى المعنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الابيض يدا بيد الشبه واحد والصفر اثنان لما فى الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لانه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصفر الابيض لا بأس به واحـدا منه باثنين من النحاس الاحمر لان الصفر الابيض فيـه رصاص قد اختلط بهفباعتباره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله . وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل مالم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزناً بمنزلة التبر. وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمناً وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء يوزن فلا خير فيه لانه بيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسـد العـقد لان ما كان دينا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسـد تقابضا في المجلس أولم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو مالم يصحبه حرف الباء فيكون بائعا ماليس عنده لا على وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم.

باب الصرف في دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلمين وبين أهـل دار الحرب في دار الحرب وهـذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة والمرسـل من مثله مقبـول وهو دليـل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربي في دار الحرب وعنـد أبي يوسـف والشافعي رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله. وحجتهما حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذى لا أمان له سواء كان فى دار الاسلام أو فى دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق العقد منه ولو جاز هذا فى دار الحرب لجاز مثله فى دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر هبة وحجتنا فى ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته كل ربا كان فى الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن عبدالمطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربى وكان يخفى فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز وانما جعل الموضوع من ذلك مالم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا على أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا خطرك فخاطرهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب اليهم فزد فى الخطر وأبعد فى الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس فبعث الى أبى بكر رضى الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب واخذه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبى بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركى قريش لانه كان بمكة فى دار الشرك حيث لا يجرى أحكام المسلمين* ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة باعلى مكة فقال له ركانة هل لك أن تصارعنى على ثلث غنمى فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرما وهذا دليل على جواز مثله فى دار الحرب بين المسلم والحربى وهذا لان مال الحربى مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئاً الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم يملك المال عليهم بالأخذ لا بهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ماأمكن وأحسن الوجوه ماقلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم طاق لنا أموالهم فما عدا عذر الأمان يضرب سبما فى ثمان وتأويل حديث ابن عباس أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا نقاتلهم لطمع المال وأما التاجران من المسلمين فى دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز فى دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مالَ صاحبه اذا أتلفه وانما تملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذى باشره ولا يجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرجا حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرده والحكم فيها كالحكم فى التاجرين أما على أصل أبى يوسف فقط فظاهر لانه لايجوز هذا العقد بين المسلم والحربى فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربى وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة فى حق الامام دون الاحكام ألا ترى ان أحدهما لوأتلف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمته ومن لم يعتقده فلثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا يؤمر أن يرد ما أخذه لأن كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما اذا ظهر المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذى أسلم لانه صار محرزاً ماله بيده ويده أسبق اليه من يد الغانمين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهم من صاحبه درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجيزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يتملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة فى حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجر اما أن تدعوا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله فالتعرض لهم فى ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لانه يثبت

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخـذهم الربا وقد نهوا عنه فباشرتهم ذلك لا تكون عن تدين بل لفسق فى الاعتقاد والتعاطى فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم .واذا تبايع أهل الحرب بالربا فى دار الحرب ثم خرجوا فأسـلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أو يقبض أحـدهما ثم اختصموا فى ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا ما بقى من الربا وسببه مروى عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو عمرو بن عوف يأخذون الربا من بنى المغيرة وبنو المغـيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة أميرا فطلب بنو عمرو بن عوف مابقى لهم من الربا وابى ذلك بنو المغيرة فاختصموا الى عتاب رضى الله عنه وكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عتاب رضى الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم مابقى من الربا أو يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا بعد التقابض فى دار لاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز كان باطلا شرعاً وكذلك المسـلم يبايع الحربى بذلك فى دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج الى دارنا قبل التقابض فان خاصمه فى ذلك الى القاضي أبطله وان كانا تقابضا فى دار الحرب ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم

باب الصرف بين المولى وعبده

قال رحمـه الله وليس بين المولي وعبده ربا لقوله صـلى الله عليه وسلم لاربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبـد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشـترى منه درهما بدرهمين أو درهمـين بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سـواء كان أقـل أو أكثر فعليـه رد ما قبض لحق

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشترى من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجرى الربا بينه وبين مولاه كما يجرى بينه وبين غيره والوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما والوصى في الربا بمنزلة الأجانب لان المبايعة تتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الأحرار فى ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان اذا اشتري أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كشخص واحد في التجارة كما يجرى بينهما لا يكون بيعا والله أعلم

باب الوكالة فى الصرف

قال رحمه الله واذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتي يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما الان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف فى ذلك مباشرته لغيره ومباشرته لنفسه ألا تري انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لاحدهما أن ينفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى الرأى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصة الباقى جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال فى حقوق العقد كاجنبي اخر وان وكله فى ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقر انه من دراهمه وجحده الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقابض فيما يدعى من الزيافة بعد ما أقر باستيفاء حقه وانما يرده على الوكيل باقراره واقراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل ببينة أو باداء يمين ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الآمر وفي هذا نظر فان القابض اذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده انما اليمين عليه فان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد اذا حلف لا اذا أبى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب محل

والصحيح أنه اذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للآمر لانه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الآمر . واذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لان الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمره. وان وكله أن يشترى له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أودنانير جاز على الآمر وجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف الى الشراء بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الآمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة الا بمحضر من الآمر وان اشتراه بشئ مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجز على الآمر لان مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك فى البيوع فاذا اشتراه بشئ آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لانه لم يخالف والوكيل انما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لان فضته صارت دينا على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقى فى يد الوكيل حتى يرده الى صاحبه . واذا وكل الرجل رجلا ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لانه يقوم مقام الموكل فى ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة فى التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزنا فى المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار فى ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا ان كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفا محلى فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط فى الصرف ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه هذا

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلي ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر يبطل البيع فى حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز فى حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه بيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض فى المجلس وان كان لاينزع إلا بضرر لم يجز شيء منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان بيعه ابتداء فى هذا الفصل لايجوز فكذلك لايبقى بخلاف الأول وان وكله أن يشترى له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها الى الآمر فهى للآمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل فى القبض عامل له وبالقبض ينتهى حكم العقد فيه فالكساد بعده لايؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقيل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فإذا أخذها فهى لازمة له دون الآمر الا ان يشاء الآمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هى الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هى ثمن وذلك مقصود الآمر. وان وكله أن يشترى له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فللوكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فمادامت العين فى يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للآمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الآمر استحسن ذلك الا أن يشاء الآمر وذكر فى السير الكبير أن على قول أبى حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للآمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبى حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للآمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراءه للآمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسئلة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسئلة فى قولهم كما أطلق فى الكتاب فوجهه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للآمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزما للآمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش الا أن يشاء الآمر وان لم يجد بالعبد عيبا ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه كما لو اشتراه لنفسه وهذا لان المبيع تحول من جنس الى جنس وتأثير ذلك فى اثبات الخيار فوق تأثير العيب فان أجازه كانت القيمة له دون الآمر لان مقصودا لآمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضا الوكيل بها لايلزم الآمر الا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشترى لانها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له فاذا رضى أن يأخذه فهو أحق به واذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشترى وجدته صفيرامموهابالذهب فاقر به الوكيل لزم الوكيل لان المشترى غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فانه قبض عين مايتناوله العقد ثم ادعي بعد ذلك فساد العقد لسبب لا يعرف فى مثله لايقبل قوله الا بحجة واقرار الوكيل حجة فى حقه دون الآمر غير أن له أن يستحلف الآمر لان الآمر لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وان أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الآمر لان البينة حجة فى حق الآمر وكذلك ان رد عليه باباء اليمين عندنا خلافا لزفر فانه يجعل اباء الوكيل اليمين كاقراره بذلك ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا لانه لا يمكنه أن يحلف كاذبا وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فان وكله أن يشترى له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتي كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغا من الفضة جاز ذلك على الوكيل لان المعقود عليه فات واختلف بدلا والوكيل فى اختيار قبض البدل كالعاقد لنفسه فى حقه ولا يجوز ذلك على الآمر لان المقصود للآمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الامر انما ينفذ فيما يرجع الى تحصيل مقصوده . قال ويبرأ منه بائع الطوق لانه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فاذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يصدق بالفضل ان كان فيه لانه غرم في الثمن حسن ماعاد اليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لا على ضمانه فيلزمه التصدق به وأكره للمسلم توكيل الذمى أو الحربى بان يصرف له دراهم أو دنانير وأجيزه ان فعل لان مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا يتحرز

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أو لجهله به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فلهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لانه مال الموكل صرف بعضه فى بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا واذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الآمر لانه فى معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين فى العوض الذى من جهة صاحبه مشتر ولان تصرف الوكيل بالشراء بالمعين انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فانه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالعين أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الآمر لم يجز كما لو صرفها الآمر بنفسه وهذا لانه لا فائدة فى هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الآمر فى الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الآمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بالف درهم يصرفها له وهما فى الكوفة ولم يسم له مكانا ففى أى ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحى المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الآمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيده به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففى أى مكان صرفها له كان ممتثلا أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففى أى موضع باعه فهو ممتثل ولا ألزم الآمر من الاجر شيئا لانه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبى حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه فى الموضع الذى أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه فى ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به اتفق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لانه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفي الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجاب هذه المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة وبمثل هذا قال في الكتابين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الآمر فعرفنا انه كالغاصب في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جائزا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطي غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تتناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه الى تلك الالف أو غيرها فيكون ممتثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتي لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجزله لان

الوكالة تعلقت بتلك العين فانها أضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد واذا وكله بالف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا فابو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك . والحاصل أنه يعتبر في كل مكان وزمان ماهو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأى ولو قال اشتر لى بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة أو بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز وان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفة لان الوكيل انما يصير ممتثلا اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فان كان ما اشتري مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الانفاق في حوائجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفة أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق فباعها بالشامية لا يجوز على الآمر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الشرف على الشامية والله تعالى أعلم

باب العيب في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى سيفا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيبا في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالاقالة من حيث أنه يعتمد التراضي والاقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض به في المجلس لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فاذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد فى حصة الحلية لانه صرف وفيما وراء ذلك لان فى تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن . ألا تري أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا الفصل دون الاول؛ قال وله أن يؤاجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح فى مثله كبدل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه فى حكم العين فان كان حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يرده دون الحلى لم يكن له ذلك الا أن يرده كله أو يأخذه كله لان الكل كشئ واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحدهما عيبا وهناك ليس الا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وكذلك الزيوف فى قول أبي حنيفة لان عنده اذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك فى السلم وعندهما فى الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت فى المغنم يوم القادسية طشتا لاأدرى أشبه هى أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطانى بها تجار الحيرة ألفى درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه فقال لا تلمني ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها منى فقال انى أخاف أن يسمع عمر رضى الله عنه انى بعتك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفى درهم فيرى أنى قد صانعتك فيها قال فأخذها منى فاتيت عمر رضى الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذى جعل رعيتى تخافنى فى آفاق الأرض وما زادنى على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وانه ليس له أن يبيع بغبن فاحش وان تصرفه فيه

كتصرف الأب والوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه باع بغبن فاحش وفيه دليل على ان الإمام اذا بلغه عن عامله مارضي به من عدل أو هيبة فعله فانه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عماله في آفاق الأرض وذلك لحسن سريرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء *واذا اشترى الرجل طشتا أو اناءلا يدرى ماهو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لان العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة*واذا اشتري اناء فضة فاذا هو غيرفضة فلا بيع بينهما لان المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذى أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشترى للعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشتري سيفا محلى على ان فيه مائة درهم بمائةدرهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فانه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالى عن المقابلة وهو الجفن والحمائل وان اشترى ابريق فضة بألف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشترى انشاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار ماسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا للكل بألف درهم لانه ربا ولا بألفين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبعيض الملك عليه فيما يضره التبعيض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانهلوصرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الابريق ولو كان اشترى الابريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والابريق مما يضره التبعيض فيكون الوزن فيه صفة وانما يتعلق العقد بعينه اذا أمكن دون الوزن المذكور *وان اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فاذا فيهامائتادرهم كان للمشترى نصفها لا خيارله فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعيض فالوزن فيها يكون قدرا لاصفة فانما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فانه يضر التبعيض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأتى أبيعه فلقينى أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه منى فوضعته فى كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه فى كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيمايضره التبعيض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة فى الوزن واذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله فى البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالى عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط فى البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط فى ذلك أو علم أن أبا رافع رضى الله عنه كان وكيلا فى بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع فى حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ماكان فى يد المشترى فلا يصير قابضا له بالشراء مالم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس ٭واذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق

وجد بعد التقابض فى المجلس فى حصة الصرف وكذلك لو أجله فى الخمسين الباقية الى شهر لانه ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها حصة الحلية وصالحه من الباقى على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقى ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصلح فى الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقر البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز لان ماوقع عليه الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لفساد العقد فيه بفوات مايقابله والقبض في المجلس ليس بشرط فى مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير فى أصل بدل العبد اليهما ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب وصف والثمن لايقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لابسبب العيب بت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المحطوط دينا فى ذمته ولا يضرهما ترك القبض فيه فى المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله.ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثانى انما يصح بطريق الحط والحط من الثمن وهو الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ماوقع عنه الصلح كان دينا فاذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة فى العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها أو اشترطا فى الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل مائة درهم فانكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم افترقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء دون المبادلة فيكون فى الابراء محسنا من وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشره وان صالحه علي خمسة دنانير ثم افترقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ماوقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض فى المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت الى أجل أو فيها شرط خيار وافترقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى واذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباها وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه فى كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحيح العقد ممكن بان يجعل ماأخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئاً انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض فى عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد بيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه فى المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ماقبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا فى المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة مالم ينقد وجاز فى حصة ما انتقض اعتبارا للبعض بالكل وجاز ماسوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه بيع لا صرف واذا ادعى الرجل سيفا محلي بفضة فى يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقى منه ثوبا قبل أن يتفرقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق فى المجلس والباقى حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر مالم ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل فى حكم شيء واحد فاذا بطل العقد في بعضه بطل فى كله وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لايجوز فاذا بطل فى ذلك الجزء بطل فى الكل وهذا على الاصل الذى قلنا ان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى. واذا اشتري لرجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يرده لفوات ماصار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار أقل أو أكثر من قيمة العيب فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان الفضل مما لايتغابن الناس فى مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسئلة كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهى مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لايتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس فى مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فاذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس فى مثله كان الفضل ربا وعند أبى حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفائت الذى استحقه بالعقد ولاربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض فى المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى لايكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز . وان كانت الدراهم أكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا علي قولهما ظاهر وكذلك عند أبى حنيفة رضي الله عنه لانه فى الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا فى أن يجعل عوضا عمايخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا قبل القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى علي رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدراهم ثم أجله فى الباقى من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز *قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أو لم يستهلكه ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح بطريق الحط أو بطريق أن ماوقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع واجبا بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح فى مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا ويشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطى ذهب من الدينار على أن زاده مشترى القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان مازاد مشترى القلب يلتحق باصل العقد وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البدل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعينها وتفرقا قبل التقابض فهو جائز أيضا لان فى حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفى حصة العيب وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض فى المجلس وان تقابضا ثم وجد فى الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم

باب الصرف في المرض

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لايجوز ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا وصية للوارث وعندهما معنى الوصية فى الحط لا فى نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتى فى كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى* ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك بقية الورثة فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو مردود كله فى قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه مارضي بزوال ملكه فى الدراهم حتى يسلم له الدنانير كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية أخرى عنهما أن أصل العقد يبطل اذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك فى الشفعة ان شاء الله تعالى ه واذا باع المريض الف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا مازاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشترى فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار في يد الورثة ويرد عليهم مابقى من الالف وان شاء أخذ ديناره ورد الفا لانه ما رضي ان تملك عليه ديناره حتي يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار أخذ ديناره فلا شئ له من الالف بطريق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن عقد الصرف وقد بطل العقد فيبطل به مافى قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشترى أن يأخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقى من الالف بطريق الوصية ولم يجزه هنا لان الدينار مستهلك فلا فائدة فى اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ماخرج من ملكه بعينه وكذلك لم يعطه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهذا قال يأخذ قيمة الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقى وكذلك اذ باع المريض سيفا قيمته مائة درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فابت الورثة أن يجيزوا فان للمشترى الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه باكثر من ثلث ماله وهذا وما سبق فى التخريج سواء وما تختص به هذه المسئلة فيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشئ واحد لا يأتى اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشترى الخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون ذلك دينا فى تركة الميت ويباع السيف حتى ينقد الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقى لان السيف مما يضره التبعيض فيثبت الخيار لما لحقه من عيب التبعيض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبعيض فى الالف الاول ليس بعيب فلهذا لم يجعل له الخيار
بعد ما استهلك الدينار وان كان المشترى أيضا قد استهلك ماقبضه جاز له منه قيمة الدينار
وثلث الباقى وغرم ثلثى الباقى للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان
حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلثى الباقى وغرم ثلثى الباقى بعد قيمة الدينار لانه لو كان
قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم *مريض له
تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة
ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعه فاجازة الورثة وردهم هنا سواء
وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل فى
ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله فى المجلس وانما بقى العقد فى مقدار المائة والوصية
بالمحاباة كانت فى ضمن العقد فانما يبقى فيما بقى فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال
الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد
قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شئ له من الوصية لانها بطلت ببطلان
العقد وان لم يفترقا حتى زاد المشترى تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كله لان ما زاد
يلتحق باصل العقد فيصير كأنه فى الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحاباة بقدر الثلث
من ماله وذلك جائز . قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسئلة اذا زيد في سؤالها
أن قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستمائة درهم لان جملة مال
المريض تسعمائة وانما تكون محاباة بقدر الثلث اذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان
المريض وكل وكيلا فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال
المشترى أنا آخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل
موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس
فاذا أراد المشتري الى تمام تسعين دينارا لحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحاباة وكان ذلك
سالما له واذا اشتري من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه
فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذى أعطى المائة أن يمسك المائة من
الالف بمائة ويرد الفضل لان حقه فى المائة التى أعطى وقد صار دينا والذى فى يده مال
الميت فيكون له أن يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان الوصية

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بإزاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا يخير صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشترى بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شيء من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المفاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة فى حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة فى ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشترى ثلثا الابريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثى المائة وقيمته ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة فى عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليموهه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضا على الدافع ويعطيه أجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها باتصاله بملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ماصنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف على فعل الغير فان قال موهه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

أجر عملك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه صار قابضا الفضة حين انصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر ردعينها فعليه رد مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لايجاوز به ماسمى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد والمفسد فى حصة الصرف فسد فى الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد فى حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك لايوجب فساد الاجارة* قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل لبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر مثله وعلى المائة درهم فعلمت أنه حكم بصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد فى حصة الذهب صرف وكذلك لو شرط عليه أجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لامستقرضا لانه سمى ما يقابله ثمنا فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضنى مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض للدينار وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم* واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صغها قلبا ولك كذا ففعل فهو جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل فى ملكه ببدل معلوم وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صغ لى من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل فى يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتى اثنى عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتنى فزدت خمسة وفى القلب خمسة عشر فالقول قول المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف فى مقدار مادفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

والمدفوع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفوع اليه يدعى انه أمره أن يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاددرهمين فوق ماأمره به فكان مخالفا لامره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون لهذلك لانه اقام العمل المشروط عليهوزاد فاذا رضي بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لايعلم وزنه ولايعرف واتفقا انهأعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقولقول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاءالعامل سلم القلب له وأعطاه الآمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده اذا كان مازاد فيه وهو الخمسة بزعمه لاتصل اليه فاذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسةفقال الآمر كانت فضتى بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء وأمرتنى أن أزيد فيها فضةسوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع اليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك فى صفته وان اختلفا فى الاجر فى المقدار بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر فىذمته أوالزيادة على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد مافترقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالجياد قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياد دون الزيوف المردودةواستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لايؤثر فى العقد وهذاانما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبي حنيفة ان كان الرد بعيب الزيافة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كر حنطةوقال اطحنها لى بدرهم فطحنها قبل أن يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وانما طحن صاحب الحنطة حنطة نفسهفلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق * ولو دفع اليه كر حنطة وقال اقرضنى نصف كر واخلطه به ثم اطحنها لى بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط يملكه بامره فيكون الطحان عاملا له فى حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع اليه لجاما وذهبا وقال موهه به وما

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه * ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب في المجلس فللمشتري الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشتري تضمين المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع اذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشتري تضمين القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمين المحرق والقاتل لا تصل يده الى شئ فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين في ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره أكثر من أن تتوجه له المطالبة على المحرق ببدل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببدل الصرف على انسان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشتري حين اختار تضمينه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان باتلافه ولو كان أمره بالقبض في الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك اذا رضي بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيأ حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشتري أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصدق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمينه

وذلك بعد الاتلاف وبعد ماوجب التصدق بالفضل فلا يظهر فى ابطال حق الفقراء مع أن باب التصدق مبنى على الاحتياط وهذا شئ يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر فى حقه لا فى حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع دينا للمشترى على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض فى هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع فى ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فعرفنا أنه واجب للمشترى ابتداء فى ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا محلى فيه خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيأ من حمائله أو جفنه فاختار المشترى أخذ السيف وتضمين المفسد قيمة ماأفسده فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك فى البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط فى المجلس انما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختار المشترى امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك فى المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختار المشترى امضاء العقد وتضمين المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدى القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد فى شئ لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشترى قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخرا لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله فى حصة الحلية للافتراق قبل القبض وفى حصة السيف لان الكل شئ واحد* ولو أسلم ثوبا فى كر حنطة أو باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب باثنين فاختار مشترى القلب والمسلم اليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقصان من الهاشم فى المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه فى المجلس * رجل اشترى سيفا محلي فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختار المشترى إمضاء البيع وتضمين المحرق فنقد الثمن وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لانه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زايلت السيف فانتقاض العقد فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفى قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لانه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول في السلم اذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختار المسلم اليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الاصل الذي بينا * وان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهما أو بربح ده يازده أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لان للحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان ينبغي أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة * قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذى صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مرابحة أو وضيعة وذلك ينعدم اذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولانهما جعلا الربح في ثمن السيف ده دوازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لان البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سمى من الربح وان البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصدا ذلك وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لانهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموّه فلا بأس بالمرابحة فيه لان التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما اذا باعه بربح نصف دينار فان الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وان باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لانه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لان الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ماعليه الاصل فان الفضة بمثل وزنها مقابله ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة اعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسماه رأس المال ربحا

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحا رأس المال فى عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبى حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد فى حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز فى حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الاخر وبفساد العقد فى احدهما لا يتمكن المفسد فى لآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضا ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقد فاسد فى قول أبى حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخى رحمه الله رجوع أبى يوسف رحمه الله الى قول أبى حنيفة رضي الله عنه فى مسئلة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا فى كتاب البيوع * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فكأنه فى الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقى بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع أو قبل أن يفترقا فسد البيع كله فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه مالم يسلمه ولو زاده فى الثمن درهما وسلمه اليه فسد العقد فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطا بعد العقد لاحدهما خيارا أو أجلا يفسد به العقد في قول أبى حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك فى البيع اذا ذكر فيه شرطا فاسدا بعد العقد وعند أبى حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتي يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهما في ذلك أن الشرط والزيادة بيع فى العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشئ مبطلا لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذى لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وابقاءه فكذلك يملكان تغيير وصفه لان صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك فاوقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور فى أصل العقد ولو ذكر فى أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك اذا ذكر بعد العقد ألا ترى ان أحد المتصارفين اذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا رده فى بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط ابقاء العقد الأول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار اليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه الى ذلك فصرف الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد ان ذلك بأصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشراه وانما يفسد به العقد والفاسد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع اذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا فى عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة فلهذا التحق بأصل العقد الا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط فى سائر البيوع لان فى صحة هذا الحط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك فى تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده * ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الحط فى الثوب وينتقض البيع فى القلب فى قول أبى حنيفة لانه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فيكون البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لايكون في هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين دينارا وتقابضا ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنانير فهو جائز سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لايظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمنا فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لايضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البدل الذى من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوبا فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئا كما لو كان مذكورا في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق باصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا في أصل العقد ولم يقبض حتى افترقا * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشترى السيف درهما أو دينارا فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق باصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده دينارا

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير كانه صارف سيفا محلى ودينارا بمائةدرهم فخمسون درهما من الثمن بمقابلة الحلية وتقسم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لان العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار فى المجلس* ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوبا بعشرة ثم باعهما بربح ده يازده أو بوضيعة عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكهما بوضيعة درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهما كان جائزا وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقى لانه لم ينسب العشرين الى رأس المال ولا الى ماقام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفى بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقى بمقابل الثوب بخلاف الاول فهنالك نص على بيع المرابحة فيهما وفى بيع المرابحة لابد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب*ولو اشترى فضة بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى شيأ بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى سيفا بخمسين درهما بجفنه وحمائله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهما كان ذلك كله فاسدا لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل فى حكم شئ واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد فى كله ولو كان الثمن والنفقة دنانير جاز لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الخالى عن المقابلة ولو اشترى فلسا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن عن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البدل فى المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان أخذ على سبيل الغصب والقرض لانه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفيا لحقه لا مستقرضا ولا قابضا ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف اذا جعلا بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه*ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحسانا لان قبضه مستحق فى المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع انما يجعل المنقود من ثمنهما لاجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ماليس بمستحق ولان فى

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه فى الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساده بعد الصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هى من ثمنهما جميعا فهو مثل الاول لان الشئ يضاف الى الشيئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يامعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه وايفاء ثمن القلب فى مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب وان قال هى من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فالقول فى بيان جهته قوله ولو كان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون رهما وقبض السيف ونقده خمسين وقال هى من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أولم يرض فهو سواء وفى القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما فى الفصل الاول ولكنه استحسن لجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه فى حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحا بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هنالك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفى الشى الواحد لا يعتبر تعيينه فى المنقود أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفا وجفنا وحمائل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته وتركيبه دينارا ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضا كان ذلك جائزا لان الجنس مختلف لا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدينار وثوب لآخر يقوم بدينارين فباعاهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يازده فان الربح بينهما على قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقى فى بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول بينهما أثلاثا وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لآخر قيمته عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذى له الا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فهي له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل أن ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف القلب بخلاف ما تقدم اذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقد سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب اذا قبض ثمن القلب وهو في النصف عاقد وفي النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذي لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والعقد انما ينعقد على عينه لا على صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فاذا هي الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذرعان في الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لا تسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار * وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكنا نقول مثل وزنها في البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحا وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوي من

تنصيص المتعاقدين عليه بخلاف الدرهان فى الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة فى ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جازله نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكانه باعه القلب بعشرين درهما ونقد فى المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهى المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب ولوزن فى القلب صفة فان القلب مما يضره التبعيض وفيما يضره التبعيض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيرا فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعا كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزنا فى الفصلين جميعا وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان فى قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل *ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقض البيع فى نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنهما جميعا فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ماصرح به بقى فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشئ الي شيئين والمراد أحدهما كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما فى السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شئ واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لا يسلم له بالطريق الذى نص عليه لان العقد يبطل فى السيف ببطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نعلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية *ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقدا من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسدا لانه شرط الاجل فى بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد فى بعضه فسد في كله ولو كان هذا فى القلب

والثوب فسد البيع أيضا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز فى الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفا بمائة درهم على ان حليته خمسون درهما وتقابضا فاذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وان شاء نقض البيع لانه لما سمى وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فاذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشترى لانه لزمه زيادة فى الثمن وان كانا تفرقا فالبيع منتقض لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد فى الحلية ينتقض فى جميع السيف وكذلك لو كان فى حلية السيف مائة درهم فان لم يتفرقا فان شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الابريق لان بيع نصف الابريق جائز فيمكن ابقاء العقد فى نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضررا فى التسليم فاذا بطل العقد في البعض بطل فى الكل * ولو اشترى سيفا محلى وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فاذا فى السيف مائة درهم فالبيع جائز لانه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا فى الباب نظيره * ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فاذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا فى الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها التبعيض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه ووكله آخر ببيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار وثمن القلب الدراهم كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب فى ثمن القلب لان كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعهما بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود ثمن القلب لان البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعهما لنفسه سواء واذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصيل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما فى أصل القلب ألا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة فى ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض فى المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شئ الى شئ ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفيع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه يتملك على المشترى ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لايجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لايحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكنا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة فى الباب * والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم. من ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فى كل شئ عقارا وربع ومن ذلك مابدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه بأربعمائة لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغى له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لا تمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضى الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما فى قوله تعالى الزانية والزانى وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادى الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى

أيا جارتى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس غادو طارقه

والمراد زوجته وهي شريكته فى الفراش ولكنا نقول فى هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة فى الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفى الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه * وعن الحسن فى الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه تقوم مقامه فى الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفعته لان الحق بعد ما ثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبي سعيد الخدري أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك فى حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك *والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا انما يتأتي على مذهبنا فاما الشافعى فلا يوجب الشفعة الا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب علي مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وهذا من أقوى مايستدل به فانه لاشبهة فى صحة هذا الحديث لان عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبى رباح امام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن فى اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك فانه اذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وانما يكون مفيدا اذا كان المراد جارا هو شريك فى الطريق *قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلاجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لان سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها أى لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكنى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذى قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستنشدنى من أشعار الجاهلية فكلما أنشدت شيأ قال صلى الله عليه وسلم ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا فى الشفعة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ماكان فهذا يدل على أن المراد حقيقته لانه نفى الشركة فى السؤال وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والانثي والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى والثانى أن المراد بقوله ما كان أى ما كان أى يحتمل القسمة أولا يحتمل القسمة فيكون دليلا لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة فى بعض المنقولات كالسفن ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ربع أوعقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصرانى بالشفعة وكتب فى ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه بعد هذا عن شريح أنه قال لاشفعة ليهودى ولا لنصرانى ولا لمجوسى وبقوله الثانى كان يأخذ ابن أبى ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكنا نأخذ بما قضي به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضى الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفى بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الآخر أن الجار كان منازعا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجوار وبالشفعة فهو دليل على ان الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضي به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم القوم الارضين ورفعوا سربا بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة فى السرب تستحق به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة فى نفس المبيع لان الحاجة الى دفع الضرر البادى لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعا وعن شريح قال الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذى فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما يعتبر قرب الباب في التقديم فى الشفعة على ما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما منك بابا وهذا لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أ كثر فهو بالهدية أحق وهذا تأويل ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول فى الهدايا ابدؤا بجارنا اليهودى فاما في الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذى فان بين الملكين طريقا نافذا وذكر عن على وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه ابن أبي ليلى فانه كان فى الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدى يأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا بقول عمر رضى الله عنه فقد أثبت الشفعة للجارين قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا فى أموال اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول صلى الله عليه وسلم فان الحديث متى صح عنه كان حجة على كل صحابى رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها فى نفس المبيع ثم الشريك فى حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما وعن ابن أبى ليلى والشافعى لا تجب الشفعة الا للشريك فى نفس المبيع لحديث أبى هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبى موسي رضي الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام فى الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما التقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيص على نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا المتملك عليه فيختص به الشريك دون الجار كالمتملك بالاستيلاد وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

بالاخذ بالاستيفاء والملك فيه وهذا لا يوجد فى حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة فى المنقولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء فى المنقول معتاد فى كل وقت فاما العقار فيتخذ لاستيفاء الملك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو يحتاج الى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه ٭ وحجتنا فى ذلك ما روينا من الاخبار ولا يعارضها ما رووا ففيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع الشريك الذى لم يقاسم لا مزاحمة لاحد فى الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفى الشفعة بالامرين جميعا فذلك دليل على انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق وكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل بالملك اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك ٭ وتحقيق هذا الكلام أن استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق فى المنقولات ثم لا تجب الشفعة الا فى العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار تفضى الى المجاورة لانهما اذا اقتسما كانا جارين والشركة فى المنقولات لا تفضى الى المجاورة لانهما اذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة فى الملك فاذا كان باعتبار الشركة التى تفضى الى المجاورة يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير لان جواره ليس بمستدام ولهذا لا يثبت فى المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون في المجاورة حتي يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج اليه فى المنقولات ولا شفعة فيما اذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقين وانما يندفع عنهم

سوء مجاورة المشترى ولهـذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق اذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا فى الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك فى الجار المقابل لعدم إمكان جعل احـدى الدارين من مرافق الدار الاخرى بطريق نافذ بينهما حتى اذا كانتا فى سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك فى حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك فى الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بينا أن الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مع الاخ لاب اذا اجتمعا يترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة لا تستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين فى دار هى في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة فاذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء فى السكة لانهم أميز قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة فى الشركة فى الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذى على ظهر هـذا المنزل وباب داره في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لا شفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم محجوبون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفي أو سلم ولكن فى ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب فى حقه الا أن حق الشريك كان مقـدما فاذا سـلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا استحق أسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغى للجار أن يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك ليتمكن من أخذه فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

فيه دور فبيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضي به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبني عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالاولاد والالبان والاثمار في الاشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ماشرع لدفع هذه المؤنة * وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق * وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك. ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فاذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما. وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فان حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فاذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فانه انما يحصل بقدر المال ألا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فانها متولدة من العين فانما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل اذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم يوجد فان ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفضيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة * ولا شفعة الا في الأرضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلي فانه كان يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير فى الجوار تبع فهو فى معنى المعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق فى حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج الى الأخذ لدفع الضرر فى الآتى عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فى الحال وبمثل هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصي نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفعته اذا علم لهذا المعنى فانه لا يتمكن من الطلب مالم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليلا على الرضا أو التسليم بعد التمكن منه لا قبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء لانه من المعاملات وانما ينبنى الاستحقاق على سبب متصور فى حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه * واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يتملك الدار على المشترى كما ان المشترى يتملكها على البائع .ولو كان الاختلاف بين البائع والمشترى فى الثمن كان القول قول البائع كما قال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع فكذلك المشترى مع الشفيع ولان الشفيع يدعى على المشترى وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس فى معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان أقام البينة فقد أثبت مادعى من وجوب تسليم الدار اليه عند أداء الالف والمشترى ان أقام البينة فقد أثبت زيادة فى الثمن ببينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن ببينته والشفيع ينفى تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشترى والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشترى ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لأنها تثبت الزيادة وأظهر من هذا كله المشترى من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولابى حنيفة طريقتان احداهما حكاها محمد عنه والاخرى حكاها أبو يوسف فالتى حكاها محمد أن المشترى صدر منه اقرار أن احدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. وبيان ذلك أن الشفيع أثبت ببينته اقرار المشترى بالشراء بالف وهذا عليه والمشترى أثبت ببينته اقراره بالشراء بالفين وهذا له وبه فارق البائع مع المشترى لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبته ببينة وهو له والآخر ما أثبته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولي أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لاتنافي بين البينتين فى حق الشفيع الاتري أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بألفين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فعرفنا أنه لاتنافى بينهما فى حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجعل فى حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولي مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أديت الي الفين فأنت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت الى الفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد بهذا الطريق وهو أنه لامنافاة بينهما فى حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أي المالين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشترى فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن وقد بينا العذر فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشترى فاما المولى القديم مع المشترى من العدو اذا اختلفا فقد نص فى السير الكبير

على أن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن فى حق المولى القديم لان الشراء الثانى ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التى حكاها أبو يوسف ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينتان للالزام فالملزم من البينتين يترجح كما فى بينة العبد مع بينة المولى فى مسئلة التعليق* وبيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بينة البائع والمشترى لان كل واحدة من البينتين هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفى مسئلة المشترى مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشترى فعهدته وضمان ماله على المشتري لانه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو فى حقه بمنزلة البائع مع المشترى* فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغى أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه* قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذى يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقى السبب وتأكد بقبض المشترى لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكا على البائع لانه لا ملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا على المشترى مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهدته على المشترى كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبى ليلى عهدته على البائع فى الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشترى قام مقامه ثم عهدة المشترى على البائع فكذلك عهدة الشفيع وللشافعى قولان فى أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهدته عليه لانه يتملك على المشترى بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشترى بعوض عقارا كان أو منقولا وعلى القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهدته على المشترى واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفى الشراء كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشترى نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشترى وعهدته عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشترى نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشترى وعهدة الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشترى ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشترى لانكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشترى فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشترى وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشترى لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشترى من غيره لان يد الثانى هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشترى الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشترى فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشترى وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشترى ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلابد من حضرة البائع والمشترى جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشترى واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لابد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشترى وذلك لا يتم الا بمحضر من المشترى فيشترط حضورهما لذلك واذا أخذ الشفيع من المشترى الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشترى كتاب الشراء الذى عنده فذلك أحوط له فان أبى أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من اثبات حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشترى جميع ما فى هذا الكتاب وأجازه وأقر أنه لاحق له فى هذه الدار ولا فى ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البائع الثمن برضاهما وضمان البائع الدرك لانه في الأخذ من يد البائع يحتاج الى حضرتهما وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجه فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشترى أيضا ليكون ذلك أحوط للشفيع * واذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة وطلبها الشفيع الى ذلك الأجل لم يكن له ذلك عندنا . وقال زفر والشافعى له ذلك لان الأجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذى يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف ولكنا نقول الأجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا لان تأثير الأجل فى تأخير المطالبة وبه تبين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق للمشترى على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون فى ملاة الذمة فبرضا البائع يكون ماله فى ذمة المشترى لا يكون رضا منه بكونه فى ذمة الشفيع ولان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشترى من المال فلا يثبت الأجل فى حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل فى حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فاذا حل أخذها بالثمن حالا واذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة فى الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل فى قول أبى حنيفة ومحمد وذكر ابن أبى مالك ان أبا يوسف كان يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته * ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه في الحال وسكوته لانه لم ير فيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشترى ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجله لتقرر العقد بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الا أن يأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار بالمشترى فى تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع لتكامل العلة فى حق كل واحد منهما الا انهما اذا طلبا قضى القاضى لكل واحد منهما بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق فى المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقى حق الآخر في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. واذا كان البائع اثنين فى صفقة واحدة والمشترى واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الاخر لانه يأخذ ملك المشترى بالشفعة فان كان المشترى واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به المشترى من حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشترى اثنين فانما ملك كل واحد منهما النصف وليس فى أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرارا بالآخر * يوضحه ان أخذه لدفع ضرر الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشترى لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا الاضرار به . وان كان المشترى اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن عن أبى حنيفة قال اذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشترى فله ان يأخذ نصيب أحد البائعين لانه بالاخذ يتملك على البائع ولهذا كانت عهدته على البائع والملك فى حق البائعين متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشترى والملك فى حقه مجتمع وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك فى حق البائع وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر فى الكتاب فان المعتبر جانب المشترى قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسره هشام عن محمد ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقد لغيره فى باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه فى أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشترى واحدا فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

يجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمه ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع أن المشترى فلان فقال قد سلمت له فاذا المشترى غيره فهو على شفعته لما بينا أن الناس يتفاوتون فى المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقييد منه مفيد كانه قال ان كان المشترى فلانا فقد سلمت الشفعه فاذا تبين أن المشترى غيره فهو على حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر والبعض معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه صحيح وان كان أقل فله الشفعه عندنا وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له فى الوجهين لانه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشترى فلا يكون له أن يأتى ذلك بعد الرضا به ولكنا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما اذا كان الثمن أقل من الالف فقد انعدم المعنى الذى كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ بالشفعة شراء وقد يرغب المرء فى شراء شئ عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شئ مما يكال أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفعته لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا فى حقه فكانه قال سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كر من حنطة فهو على حقه لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو شفعته لان ما له مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشترى وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد مفيدا فى حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شفعته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل التفاضل بينهما فكأنه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفعته كما فى المكيلات والموزونات ولكنا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهـذا لان من لا يرغب فى شراء الشئ بالف درهم لا يرغب فى شرائه أيضا بمائة دينار قيمتها الف درهم ومالا يكون مقيدا من التقييد لا يعتبر ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على شفعته لان هذا التقييد مفيد فى حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقويم الشئ بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هـذا المعنى اذا كان الثمن دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقـل من ألف درهم فله الشفعـة لان الثمن اذا كان مما لامثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هـذا فى حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة فاذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقـه واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك الذى له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذى له فى بعض الدار نصيب لان شركته أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقـدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو مشترك بين البائع وبينه لا حق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك فى حكم شئ واحـد فاذا صار أحـدهم أحق بالتبميض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشترى والشفيع فى الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع فى الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشترى بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر مقدار الثمن فى حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشترى وليس فى جانب الشفيع الزام بل هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار فى يد المشترى فقال البائع بعتها بالف درهم واستوفيت الثمن وقال المشترى اشتريتها بالفين فللشفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

البائع بعتها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بالفين وتقدته الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالفين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير مالو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالفين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في الامالي على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعتها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالفين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشترى فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعتها بالفين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشترى ولا الشفيع الا بالفين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل اليه كمال الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشترى تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها إلا بالالف وأصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المبتدأة فاذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا وانما ثمن الدار مابقي فيأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن المشترى تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشترى لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشترى مائة فهو على شفعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمنا فهو بمنزلة مالو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشترى قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشترى عن الشفيع شيئا لان هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد فإن التحاق الحط باصل العقد ليدفع الغبن ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلا بعد ان كان رابحا أو خاسرا وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن الحاق الجميع باصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فان زاد البائع المشترى في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشترى لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو جدد بيعا مع البائع باكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوي بينهما في بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعه ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخذ له بالشفعة فان اختار الاخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشترى الثاني ولا يشترط حضرة المشترى الاول وان اختار الاخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لان المشترى الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه واذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثاني على المشترى الاول وانما أوفاه من الثمن لان البيع الثاني قد انفسخ فان الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الاول اذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المشترى وعند أبي يوسف هو خصم لانه يدعى حقه في العين الذى يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له في ذلك كما اذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له ولا في ملكه وانما يدعى حقه على المشترى الاول

في ملكه فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وانما يعود ملكه اذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز الا بحضرته وتمام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشترى في الدار تصرفا آخر بان رهنها أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شئ من الثمن انما الثمن للمشترى الاول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشترى الدار من البائع حتى ينقده ثمنها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان المسمى من الصداق قد استحق فاذا اشترى الرجل شقصا من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشترى بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لان القسمة من تتمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتمام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشترى فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولانه لو نقض القسمة احتاج الى اعادتها في الحال لان البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شئ يحتاج الى اعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا اذا قسم بأمر القاضي فان كانت القسمة بينهما بالتراضي فللشفيع أن ينقض تلك القسمة لان في القسمة بالتراضي معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشترى فللشفيع أن ينقضه وقد يفيده هذا النقض فربما يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فاما اذا كان القاضي هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو ما سلمه الى المشترى فيأخذ الشفيع ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك واذا قضي القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها الا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويتأكد فيكون حاله مع المشترى بمنزلة حال المشترى مع البائع وبعد البيع ليس للمشترى أن يتخلص منها الا بالاقالة برضاء البائع أو بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فان كانت في يد البائع فقضي القاضي بها عليه ثم سأل البائع أن يقيله فاقاله جازت الاقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشترى أما المشترى فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلانه قام مقام المشترى بعد ما قضي القاضي له بها بذلك البيع واقالة المشترى مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشترى في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشترى

صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت في يدي المشتري فقضي بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشتري بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثاني قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشتري وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشتري بمنزلة عقد مبتدإ فيما بينهما ولهذا كانت عهدته على المشتري فينبغي أن لا تجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدإ فيجوز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدا فيجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وأبي يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم في بيع العقار قبل القبض وبتلك المسئلة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه الاقالة يتبعض حق المشتري ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع يثبت سابقا على ملك المشتري عنده فاذا قضي القاضي بحقه فملكه لا ينبني على ملك المشتري بل هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البائع وملك الاقالة يملك المبيع لا بالعقد ألا ترى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشتري في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذي اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله في الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتي يستوفي الثمن فكذلك المشتري بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكيلا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء تباع فيه الدار حتى ينفذ ذلك لم يجز بيع الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسان ذهب اليه أبو حنيفة (وفى القياس) لايجوز بيعه الا فى نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تتجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت فى كلها وفى بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشترى بما لا يشتري به الاشقاص واذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشتري جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه فى أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر بيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذى هو حقه يوضح الفرق ان الاشقاص لايرغب فيها كما يرغب فى الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما اذا سلم ولم يرغب فى الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لايكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبى يوسف على ضد هذا فقال اذا أخبر بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشتري الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما لجميعها أما اذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واستيفاء فلا يتجزي اسقاطا أيضا ومالا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبى يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له فى أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولأن هذا منه اظهارا لرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفعته كما لو سكت عن الطلب واذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الارض بحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعى فى الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفى القول الآخر يأخذ الارض بحصتها فى الوجهين وأصل المسئلة

في البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى أن فوات الوصف
في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئا من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القولين
فكذلك فوات الوصف في يد المشترى من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع
الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع الارض من غير
ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء من غير صنع
أحد فقد فاته ماهو بيع فلا يسقط شيء من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصودا بتناوله
فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط
حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو وهى منها حائط
كان له أن يبيعها مرابحة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء
بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض
بحصتها من الثمن ولا حق له في البناء لانه قد زايل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق
بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو
انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقض لان الانهدام
لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقض لانه زايل البناء
بخلاف الاول فهناك المشترى هو الذى قسم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء
يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفا والثمن ألف وقيمة النقض مائة وقيمة الارض
خمسمائة وقيمة التأليف أربعمائة ففى الانهدام يسقط عنه قيمة النقض وفى الهدم يأخذ بحصة
الارض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك ان كان المشترى قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه
أجنبي فاخذ المشترى قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء له أن لو هدم
بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذى هدم البناء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج
بعد ذلك ما على الذى هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشترى بحصة البناء من الثمن
فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعي عليه حقا بملك الارض بثلث
الثمن والمشترى ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول في مثل هذا
قول المشترى مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي يوسف البينة

بينة المشترى لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا فى مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها أبو يوسف عن أبى حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشترى وعلى الطريقة التى حكاها محمد هناك البينة بينة المشترى وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقى الاختلاف بينهما فى قيمة البناء وفى بينة المشترى اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا فى قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة فى الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته فى الحال ممكن فيستدل بقيمتها فى الحال على قيمتها فيما مضي واذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زايل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسليط من المشترى فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشترى وأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه فى البناء مادام متصلا بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشترى ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف فى البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشترى فهو بمنزلة الاستحقاق فى ابطال تصرف المشترى فيه واذا سلم الشفيع الشفعة للمشترى وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشترى أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه به ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالابراء عن الدين وايقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ما اذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا اتخذ المشترى الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبى حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشترى وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزأ شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك مافيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا وهذا لانه في معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فاذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشترى بناءه المحدث ولو اشتري دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذى كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشترى هو الذى هدم البناء وينقض المشترى بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشترى ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول الشافعي وجه قولها ان المشترى بنى فى ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له اذا بنى فى الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء اذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فانه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا بناءه تضرر المشترى بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حقه وان لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة فبمقابلته يدخل فى ملكه ما يعد له والضرر ببدل أهون من الضرر الذى يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع الأرض بمنزلة الصبغ فى الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ مازاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشترى لان فى ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتنا فى ذلك أنه بنى فى بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وبيان الوصف أن حق الشفيع فى هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشترى فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه فى غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ باصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هنالك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء ألا تري أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشترى بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف
لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين
بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة لحق الشفيع مقدم على حق
المشترى ثم البناء الذى يدخل فى ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك
لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفى الزرع قياس واستحسان فى القياس يقلع زرعه
وفى الاستحسان لا يقلع لان لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر علي
المشترى بخلاف الغراس والبناء وأصله فى المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المعير ولا يقلع
زرعه استحسانا واذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجرى فيه الماء ولا
يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت
فى الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل
والشافعى فى كتابه يدعى المناقضة علينا فى هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء
لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم
اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس
بمقابلة الوصف شيء من الثمن اذا فات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض
فلا بد من اسقاط حصة ما أغرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من
أخذه والانتفاع به فان قال المشترى ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول
قول المشتري ويأخذها الشفيع بباقي الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسئلة قيمة البناء سواء
فى التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ
ما بقى بحصته من الثمن والقول قول المشترى فى مقدار المستحق من الباقى لان الشفيع يدعى
حق التملك عليه فى الباقى بثمن ينكره المشترى ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب
الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان فى اثبات حق
الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشترى
للشفيع بالثمن الذى أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمى بغير قضاء فى حكم
البيع المبتدا ولو باعه المشترى ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع
ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولا

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ فهذا مثله واذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة مايعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشيئة لا يتصور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بان باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبنى على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لأن الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله واذا مات المشترى والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى أو الوصي فى دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشترى فى حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها اما لجهله بحق الشفيع أو بناء على أنه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى وانما يبيعه القاضى فى دين المشترى ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها فى حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفى هذا اللفظ اشارة الى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره عن

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفعته وعلى هذا عامة مشايخنا الا أن هشاما ذكر فى نوادره انه اذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته ما لم يتطاول سكوته وكذلك قال كما إن سمع سبحان الله أوقال الله أكبر أو قال خلصنى الله من فلان ثم طلب الشفعة فهو على شفعته وكذلك اذا قال بكم باعها و ممن باعها أو ممن اشتراها بهذا القدر من الكلام لاتبطل شفعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبى ليلى ان طالت الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هوعلى شفعته مالم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبى ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة أو يتضرر به فيطلب الشفعة ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وثبها وفى رواية الشفعة كنشطة العقال ان أخذ بها ثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشترى فانه يسكت حتى يتصرف المشترى فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر مالا يخفى الا أن الكرخى جعل له المجلس فى ذلك لحاجته الى الرأى والتأمل فهو كالمخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولفظة الطلب لم يذكرها فى الكتب والظاهر أنه بأى لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبى يوسف أنه يذكر فى طلبه البيع والسبب الذى يطلب به الشفعة من جوار أوشركة فان طلبها فابى المشترى أن يدفعها اليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة كان على شفعته لانه أظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بمحضر من المشترى فالجواب واضح وكذلك ان كان بمحضر من الشهود ينبغى له أن يشهدهم على طلبه ثم يتوجه الى من فى يده الدار أو الى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على ما نبينه ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى له أن يطلب الشفعة فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له أن يطلب حتى اذا حلفه المشترى أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتى الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب المواثبة ثم يأتي الى من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شئ أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفعته استحسانا لانه لولم يسقط حقه تضرر به المشترى فانه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسئلة اليمين لتقضين حقه عاجلا فقضاؤه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته حتى ان كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفعته وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع في غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفعة لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا بل لا قيمة للشفعة على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له في المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يتملك على المشترى شيئا قبل الاخذ فتسليمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمى والثاني أن يصالح المشترى على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البدل وذلك جائز اعتبارا

للبعض بالكل والثالث لوصالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفعته لانه مارضي باسقاط حقه وانما أظهر الرغبة في أخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفعته في جميع الدار ولو قضى القاضي للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع يملكها ببدل بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم مالو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان القاضي يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضى القاضي له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكنا نقول مالم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشتري أحق بامساكها الى أن يستوفي الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشتري واذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطالب الشفعة ويشهد على الطلب ولغيبة لا تمنع صحة الاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه الى من في يده الدار من غير تأخير ليطلب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ بقدر المستر وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من طلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج من البلد فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفعته وان طالت مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في طلب التقرير اذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري فربما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فاذ ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان فى اثبات البيع عليها اثبات حقهم ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما فى ذلك والخصم فى الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا قضي القاضى للشفيع بالشفعة فسأله المشترى أن يردها عليه على أن يزيده فى الثمن كذا ففعل ذلك فردها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبى حنيفة أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمى فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفاسد من الشرط فى الثمن لا يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا بجعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها زيادة فى الثمن لان الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك فى قول أبى يوسف الاول فاما على قول الآخر بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدا اذا أمكن وهنا يمكن جعله بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبى يوسف والذى يقول فى الكتاب اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما علي قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط وكذلك لو طلب اليه المشترى أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المشترى تجوز مع البائع لانه قام مقام المشترى بعد ماقضي القاضى له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما يشهدان لانفسهما فبثبوت البيع ثبت حقهما فى الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشترى لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشترى ولا شفعة لهما فى ذلك بعد ماسلما الشفعة وان جحد المشترى الشراء وادعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما حق الاخذ على المشترى والزام العهدة اياه اذا أخذا من يده فلا تقبل شهادتهما غير أنهما يأخذ انها باقرار البائع لان اقراره بالبيع موجب حق الشفعة للشفيع وان جحده المشترى كما لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وجحد المشترى وحلف كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو متهم فى حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كالمتهم فى حق نفسه وان شهد ولد الشفيع ووالده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة فانهما أسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولا يتهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبده المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من أصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله فى كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبده أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للولى واذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهد اثنان منهم أنهم جميعا باعوها من فلان وادعي ذلك فلان وجحد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم فى بيعهما فان للمشترى حق الفسخ اذا لم يثبت البيع فى نصيب الثالث لانهما يشهدان على فعل باشراه فانهم باشروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لا شاهدا وللشفيع أن يأخذ ثلثى الدار بالشفعة لان البيع فى نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشترى الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لانهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم فى ذمة المشترى وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع فى جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره فى حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان أخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ماقد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى فى نقض ماقد تم به يبطل سعيه ولانه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها الى المشترى بعد ماالتزم ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقدما وكذلك لا شفعة لمن بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ماجاز البيع فان شهد الآمر بالبيع مع أجنبي أن المشترى ردها على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الآمر في ذلك لكونه متهما في شهادته فالمشترى قبل هذا

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون فى هذا تبعيد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الآمر بالبيع على المشترى أنه باعها من غيره لا تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفعته فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم به من العهدة والمشترى يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة و ن لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسبه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب فان شهد ابنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة فى الوجه الاول والدار فى يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين فى ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه لا حق للمكاتب فى ملك مولاه وهو فى البيع الذى باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد أبنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشترى فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم الشفعة حين كانت الدار فى يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ما سلمها الى المشترى وقيل تأويل هذه المسئلة ان الدار فى يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بانه سلم

الشفعة للمشترى ليسقط حقه به فى الاخـذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار فى يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الي المشترى وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعدمنه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان فى المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لاتقبل قلنا نعم ولكن هذا اذالم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا تري ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يؤثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لاعلى أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشترى فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار فى يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدن لابيهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هده الخصومة بتسليمها الى المشترى فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو يشهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشترى لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما فى حادثة مرة لاتقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الا بنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الى المشترى فاما بعد التسليم فلا منفعة لابيهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضها المشترى ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهده المسئلة يتضح ما بينا من التأويل فى المسئله الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشترى على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشترى سلما الدار قضيت بها للذى هى فى يده وهدا بمنزلة رجلين اختصما فى دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فانى أقضي بها للذى هى فى يده وهذه مسئلة التهاتر وقد بينا فى كتاب الدعوى أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف تهاتر البينتان وعند محمد يقضى بالبينتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والاصح عندي ان جواب مسئلة الشفعة قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسئلة التهاتر فان هنالك محمد يقضي بالبينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهاتر لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفعة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسئلة أن تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان متى تعارضتا وأحداهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لو أقام البينة على انه اشتري هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه يوضحه انما يجعل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع سلم الشفعة أولا ثم سلمها المشترى له فما لم يخرجه من يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع اذا كانت في يديه وان كان المشتري سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا قضى بالدار لذى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدى المشتري وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فانى أسلمها للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثاني ان بني البائع يتهمان في شهادتهما بتبعيد الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الي الشفيع فلهذا لا تقبل شهادة ابني البائع هنا واذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدا لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكنا نقول الاقاله والرد بالعيب بغير قضاء القاضي

بمنزلة البيع المبتدا فى حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة فى حق غيرهما فيتجدد به حق الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضى بالرد فسخ وليس بعقد فان للقاضي ولاية فسخ العقد الذي جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشترى حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ من كل وجه ألا ترى أن الراد ينفرد به من غير أن يحتاج الى رضاء أو قضاء القاضى فهو نظير الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذى تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا فى قديم ملكه واذا لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا فيتجدد به حق الشفيع والرد بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان مشترى شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى واذا كان لرجل على رجل دين يقر به أو يجحده فصالحه من ذلك على دار أو اشترى منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة أما فى الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين أقدم على الشراء به وفى الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان اختلف هو والشفيع فى مبلغ ذلك الدين وجنسه فهو بمنزلة اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت الى قول الذى كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول له في بيان المقدار واذا أقر الرجل أنه اشترى دارا بالف درهم فاخذها الشفيع بذلك ثم ادعي البائع أن الثمن الفان وأقام البينة فانه يؤخذ ببينته لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشترى بالف أخرى لان الشفيع انما يأخذها بالالف الذى سلمت به للمشترى وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم لانه صار مكذبا فى اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين لانسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما اشتراه يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه باعها اياه بمائتى دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف درهم وأقام البينة فانه يقضي له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشترى بقدر ماقبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من ألف رجع الشفيع علي المشترى بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشترى على الشفيع قيمة العرض الذى وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري فى ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين علي المشترى وقد بينا هذا فى البيوع فايهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا تري أن المشترى بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بين هذا وبين مااذا كان الاختلاف بين المشترى والشفيع وكذلك لو ماادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشترى بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فبينة البائع أولى بالقبول لانه يثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المعاوضة فى الدارين تثبت بقضاء القاضى فهو كالثابت بالمعاينة ولو كان لكل واحد منهما شفع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتخذ شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احداهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيعا شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغيبة الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشترى من حيث تبعيض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أويدع واذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشرى بذلك فله ذلك لان المانع حق المشترى وان قال المشترى لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت فى جميع الدار وأكثر مافى الباب ان الغائب قد سلم له شفعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشترى على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفعه وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشترى بالدرك سبيل لانه ضمن للمشترى الدرك والشفيع غير المشترى والضامن لانسان شيئا لا يكون ضامنا لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشترى لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشترى بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة إبنيه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابنيهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين فى ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشترى كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة تقران ما يصح بهما واذا أشهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفعة ولم يجيء الى المشترى ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره مالم يتم أخذه بالشفعة واذا شهد البائعان على المشترى ان الشفيع قد طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقر أنه علم به منذ أيام وقال المشترى ما طلب الشفعة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كما لو شهدا على المشترى بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع فى الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبته بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أوفى يد المشترى لان هذا فى المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهدا فى هذا اما لانه خصم فيه أولانه كان خصما فيه فى وقت واذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لأنهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالا قد سلمناها معه ولابن أحدهما شفعة أولابنه أولمكاتبه أولزوجته فشهادتهما باطلة لانه متهم فى حق هؤلاء كما فى حق نفسه وكما لاتقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه فكذلك لاتقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بمايقابله من المسمى وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لامثل له من جنسه فوجب المصير الى الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رقبة الدار وحجتنا فى ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشترى والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أوفى معنى المالية فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورةوان كان ممالا مثل له من جنسه يأخذه بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عندتعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشترى فقد صار متقدما عليه فى تملكها بهذا السبب وفى معنى التلف على المشترى ماغرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشترى من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبدمعقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا فى الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا فى ذلك أن بدل الدار فى حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشترى وذلك لايمنع بقاء حق الشفيع على مابينا أنه يتمكن من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشترى وهذا لان البيع مثبت

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقايلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك اذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البدل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشترى بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل الدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشترى بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفر ان كان أخذها بقضاء القاضى فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشترى قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشترى فبقيت الدار في يد المشترى بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رد عينها حين أخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا ولكنا نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشترى رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان فى العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشترى على تسليم القيمة التى هى حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة آلاف وقيمة العبد الف فانما سلم للمشتري مقدار الالف درهم فاذا لزمه للبائع عشرة ألف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يخفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا تري أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر اليه فكما لا يجعل بيعا مبتدأ اذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضى فكذلك اذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشترى دفعها اليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسلمها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهى جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذي لا تكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بغير قضاء بمنزلة المبيع المبتدا بخلاف ماتقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشترى للبائع قيمة الدار لانه لما استحق العبد وجب عليه رد ماقبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجه اياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لوكان المشترى باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لانه كان مالكا للدار حين التصرف فنفذ تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها واذا اشترى دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العرض فان كان قائما بعينه يقوم فى الحال فيتبين بقيمته فى الحال قيمته عند العقد وان كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لانهما اختلفا في مقدار مايلزم الشفيع من الثمن وان آقاما البينة فعلي طريقة أبي يوسف عن أبي حنيفة البينة بينة الشفيع لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن أبي حنيفة البينة بينة المشترى في هذه المسئلة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان ماصدر من المشترى ههنا اقراران وهذا نظير ماإذا اختلفا فى قيمة البناء الذى أحرقه المشترى وان اشتراها بشيء مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما فى ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل فى العقد بصفة السلامة وانما يقوم في حق الشفيع علي الوجه الذى صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشراء الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد الى العبد أو الى الدار واذا اشترى بناء دار علي أن يقلعه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشتر معه الارض والبناء بدون الارض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق فى شراء البناء بدون الارض فان اتصال أحد الملكين بالآخر لا يكون اتصال تأبيد وقرار والدليل عليه انه انما يستحق بالشفعة مايستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الارض لا يستحق بالشفعة فاما من له بناء علي أرض موقوفة اذا بيعت دار بجنبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الا تبعا للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة فى هذا

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأتى ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك مالا يخفى وكذلك لوكان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لايقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشترى دارا بخادم فخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشترى يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع فى الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشترى الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوى الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل مايرغب فى ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار فى أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقى لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لابطال حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسلمها اليه ثم يشترى منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشترى شريك فى الطريق وهو مقدم على الجار أويهب منه قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار ثم يبيع مابقى منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لايلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفعته أو يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فاذا رضى بذلك وساومه بطلت شفعته والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لابأس به أماقبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبى يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الابراء وللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك فى البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية فى أحد البدلين يمنع

انعقاد العقد واذا اشتري دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعنى أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا مقدار حصته واذا اشتري بيتا من دار علوه لآخر وطريق البيت الذي اشترى فى دار أخرى فانما الشفعة للذى فى داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم علي الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبي يوسف فى الامالي ان هذا استحسان وفى القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفل فى القياس ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والارض وسقف السفل كله لصاحب السفل ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر علي وجه التأبيد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الاراض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأبد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفل أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

باب الشفعة في الارضين والانهار

(قال رحمه الله والشريك فى الارض أحق بالشفعة من الشريك فى الشرب كما ان الشريك فى نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الطريق) لقول على وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعنى عند وجوده لا شفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث فى استحقاق الشفعة بالشريك فى الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة فى الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك فى الطريق قال والشركاء فى النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجرى فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء فى الشرب معنى هذا القول أن الشركة فى الشرب بمنزلة الشركة فى الطريق ففى

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفى النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف فى حد النهر الصغير أن يستقى منه قراحين أو ثلاثة فان جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجرى فيه السفن وكل ماء يجرى فيه السفن من الأنهار فى معنى ذلك وما لا يجرى فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء فى النهر وان كانوا مائة أو أكثر فان كان بحيث لاتجرى فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الاربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه الي التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأى لاتستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ماقلنا أن يكون بحيث تجرى فيه السفن واذا زرع المشترى الارض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لانه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب اذا زرع الارض المغصوبة ولان المشترى كما لايتمكن من ابطال حق الشفيع لايتمكن من تأخير حقه لان التأخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لايأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لان المشترى زرع فى ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولان لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تأخر قليلا واذا قلع زرع المشترى تضرر بابطال ملكه وماليته وضرر التأخير دون ضرر الابطال فان كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقلع ذلك ويأخذ الارض لانه ليس لفراغ الارض منها نهاية معلومة وقد بينا فى البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى حتى اذا طلب الشفعة تأخر التسليم اليه الى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشترى فى زرعه ولكن لايجوز ابطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى وفي التأخير لاالى غاية معلومة ابطال واذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك اذا اشتراه مطلقا لان الارض لاتدخل فى هذا الشراء والنخل بدون الارض كالبناء لايستحق بالشفعة فان اشتراها باصولها ومواضعها من الارض ففيها الشفعة لانها تابعة للأرض فى هذا الحال وكذلك ان اشترى زرعا أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وان اشتراها مع الارض وجبت الشفعة فى الكل استحسانا وفى القياس لاشفعة فى الزرع لانه ليس من حقوق الارض وتوابعها ولهذا لايدخل فى البيع الا بالذكر فهو كالمتاع

الموضوع فى الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض مالم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالابواب والشرب المركبة يوضحه أن الشفيع يقدم على المشترى شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذى أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما اذا لم يحضر حتى حصد الزرع لانه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع واذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاثمرت فى يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشترى من الثمر لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك فى حق الشفيع يوضحه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشترى من بيعها مرابحة حتى يبين وهى فى ذلك كالثمار الموجودة فكذلك فى حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذى رجع اليه أبو يوسف أن المشترى يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشترى وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة فى يد المشترى بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يجل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما في يد المشترى كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا فى البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشترى فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقط عن المشترى حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك فى حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجذها المشترى أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد فى الزرع عند أبى يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر فى ذلك الوقت قيمة الا شيئا يسيرا فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال اقسم الثمن على قيمة الارض مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك واذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فأثمرت أو كان فيها زرع فادرك فللشفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالارض والشجر يبيع ما بقى الاتصال واذا اشترى بيتا ورحاماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة فى ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب فى البناء لان ما كان مركبا متصل بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا ترى أن الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه فى البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة فى الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعى ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر البادى بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحجتنا فى ذلك ماروينا من حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فى كل شئ ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه فى الحال فقد تلحقه فى الثانى وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجمة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع فى الدار والارض فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نفط أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه ينبع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف السمك الا أن يكون المشترى قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والثمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول فى نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدرى أيجرى الماء أم لا وليس فى وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحكي عن أستاذه انه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتي بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأبيد والقرار بل للادراك فهو اتصال بعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذكر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك اذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لاتصاله في الحال والامتعة الموضوعة تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلمنا أنهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقها لم يدخل فيها الثمر الزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقها فانما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذكر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكنيف والشارع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وعند

أبي يوسف ومحمد تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار اذا كان مفتحها الى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذى والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشيء آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو فى البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أولم يذكر مالم ينص على العلو لان البيت اسم لمايبات فيه والعلو فى هذا كالسفل وكان نظير بيتين أحدهما بجنب الآخر وهذا لان الشيء لايكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت إسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل إسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لايدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشترى المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفى شراء الدار اذا كان لها طريقان أحدهما فى السكة والآخر فى دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذى فى الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان فى الدار أوفي القرية باب موضوع أوخشب أوآجر أوجص لم يدخل ذلك فى البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أومنها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الاشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أوكان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أوساوم بها فقد بطلت شفعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشترى فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيام دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطاً للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد وهى من النقليات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجذها والبناء ليهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا فى الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق اذا ملكه بسبب غير السبب الذى ملك الارض به واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشترى شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له أن يأخذ ماقطع من ذلك وللشافعى قول أن حق الشفيع متي كان ثابتا فى البناء والشجر فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكنا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الأتصال بالاض فاذا زال ذلك قبل الأخذ لا يكون له فيه حق الأخذ كما لو زال جوازه ولكن بطرح حصته من الثمن عن الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع واذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ولآخر أرض فى أسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تأبيد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة يكون مفتحها فى أرض ويظهر ماؤها فى أرض أخرى لجيرانها من مفتحها الى مصبها شركاء فى الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع وبالاتصال فى جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجري النهر فى أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك فى المبيع مقدم على الجار واذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجراه فى أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب أسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم أستووا فى سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فالم يسل الماء في أعلا النهر لا ينتهي اليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وانما يترجح على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحها بين رجلين الى ماكان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلهذا كان شريكه في اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكري منه النهر الى أرضه ثم بيع النهر الاول ومجراه في أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأبيد والقرار واذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحاماء في بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الارض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلبا الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب الى الرحاء لان الرحاء لا تستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضا لها في ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم اليها أولى بالشفعة وهذا اشارة الى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصا له عليه أرض ولآخر عليه أراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لايصال ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض أولاهم بالشفعة لانه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعنى من يلازق أرضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والارض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذى هو ملازق الارض أولاهم بالشفعة في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزله طريق في دار لرجل فباع الطريق

والطريق خالص له فجار الطريق أولي به من جار الارض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين لمميز أحدهما عن الآخر لان جوار هـذا غير جوار هذا ولو كان شريكا فى الطريق أخـذ شفعته من الدار لان الشريك مقـدم على الجار فكذلك ان كان شريكافى النهر أخذ بحصته من الأرض وكان أحق بهما جميعا من جيران الارض والطريق والنهر سواء في كل شئ وقد بينا ذلك فى أول الباب والله أعلم

باب الشفعة فى الهبة

(قال رحمه الله اعلم بان الموهوب لايستحق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلي) فانه يقول يستحق بالشفعة اذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفى استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته الى دفع ضرر البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لايختلف باختـلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأى سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك لايتجدد به وانما يبقي الوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه لايلحق الضرر بالمتملك فان كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وان لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكنا نقول حق الشفعة انما يثبت له اذا تمكن من الاخـذ بمثـل السبب الذى به علك المتملك فاما اذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفى الهبة لايقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا ان شاء سبب آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية يوضحه أن الشرع قدم الشفيع على المشترى فى حكم السبب الذى باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى فى التبرع لان الملك الذى يثبت للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع فى المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فاذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالاخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع فان من أراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولا على جاره ولا أن يهبه من جاره فلهذا لايستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل دارا على أن يهبه الآخر

ألف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع فيه مالم يتقابضا وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا فى كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع اذ اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو بيع لازم له وان لم يقبض لان الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك اذا كان بشرط العوض فهو على وجهين ان قال قد أوصيت بدارى بيعا لفلان بالف درهم ثم مات الموصي فقال الموصي له قد قبلت فللشفيع الشفعة وان قال أوصيت له بان يوهب له على عوض الف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء فى الحكم وان وهب نصيبا من دار مسمى بشرط العوض وتقابضا لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لانه بر ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك ان كان الشيوع فى العوض فيما يقسم وان وهب دار الرجل على ان ابراءه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لان المديون قابض للدين بدينه فبقبض الدار تم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعه والقول فى مقدار العوض قول الذى عوض لان الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الابراء مما يدعي فى هذه الدار الاخرى وقبضها فهو مثل ذلك فى الاستحقاق بالشفعة لان التملك فيها تم بجهة المعاوضة واذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضا فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة فى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصى والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب فى قول أبي يوسف الاول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض اذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفى قوله الآخر كل من لا تجوز هبته بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الاول ان هذا تمليك مال بمال يعادله شرطا فيصح من الاب والوصى كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التمليك وتحقيقه أن حق الصبي فى المال لا فى اللفظ وتصرف الاب والوصى مقيد شرعا بالاحسن والاصلح لليتيم وذلك فى أن يتوفر عليه المالية لا فى لفظ المعاوضة ألا تري أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فاذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا بوفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما فى البيع بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه مالم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصي بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفلسه لا يدرى أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب و لوصي ولاية التبرع في مال اليتيم فباشتراط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلا أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض بيعاً صحيحاً ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فكذلك اذا حصل ممن لا يملك الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

باب الخيار في الشفعة

(قال رحمه الله واذا كان المشترى شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشترى فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشترى ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقي في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشترى حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشترى يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشترى صار أحق بالتصرف فيها فباعتباره يتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشترى أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشترى ولو كان المشترى بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعه لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت ومالم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لايجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشترى خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقرره وكذلك عندهما بعد مضى الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع فى الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشترى لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولي فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشترى لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فاقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشترى من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة له كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخى يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لايملك المبيع فى مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر والمستعير فكيف تثبت للمشترى الشفعة فى هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخى فانه لو لم يكن الملك معتبرا فى استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكنا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فللتحرز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما تملكها الآن فلا يصير بها جار الدار الأخري من وقت العقد إلاأن يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشترى لان أخذ الشفيع من يده لاينفي ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلايتبين

به انعدام السبب فى حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة واذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ثلاثا لمشترى الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشترى البيع وأبطل خياره سلم العبدللبائع فان أبى أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذى أخذها من الشفيع الى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشترى للبيع واسقاطا لخياره فى العبد بخلاف ماإذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لان البيع تصرف ببينته واختياره فيكون دليل الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشترى ألا ترى انه كان له حق الأخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف مالو حدث بها عيب عنده أوعرفت لان تعذر الرد عليه فى هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقا على قبضه فلهذا لايجعل ذلك اختيارا منه ويبقى هو فى العبد على خياه فاذا فسخ العقد فى العبد يجعل هذا بمنزلة مالو انفسخ العقد فيه بالهلاك فى يده قبل القبض فعليه أن يدفع الى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لانها هى التى سلمت له بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لوكانت فى يده ولو كانت الدار في يد البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبدويسلم العبد للمشترى لانتقاض البيع بينهماحين أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار فى يد المشترى فهلك العبد فى يد البائع انتقض البيع ورد المشترى الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض فى يد مشترى الدار ولو كان الخيار لبائع الدارفيها أوفي العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتي يوجب البيع لان أحدالمتعاقدين اذا شرط الخيار لنفسه فى أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار فى العوض الآخر وان كان الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبى حنيفة ولا شفعة فى ذلك الا أن يسقط خياره قبل مضى ثلاثة أيام وعند أبى يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لاتجب الشفعة حتى يسقط خياره أويسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب

باب مالا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا فى النكاح ان المهور لاتستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لا يتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذى يملك به الجار الحادث وأخذه لايكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لاشفعة في المجعول بدلا فى الخلع والصلح فى القصاص فى نفس أو عضو لان الشفيع لايتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام المتملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لا يستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لان الشفعة ليست بمال فى الحقيقة وانما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا فى كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها ألفا وذكرنا ان عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة فى حصة الالف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لاتجب الشفعة فى شئ لان البيع هنا بيع للنكاح (واذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو الاصل لايوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره مهرا أو صالحها على أن يجعلها مهرا لها أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى فى العقد وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففى لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر علي الدار فللشفيع فيها الشفعة لان فى لفظهما مايدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذى استوجب عليه والذى استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضى لها مهرا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاها الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالمتعة وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شئ من الدار على الزوج وانما لزمها من الدار مافرض القاضي مهرا لها يحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفى المسمى فى العقد يعطيه نصف المسمى واذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة فى الدار في قول أبى حنيفة لان الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك مايتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزء بالف درهم لان الدار

تقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمة الدية ألا ترى انه اذا تعذر استيفاء القود يجب المصير الى الدية والدية عشرة آلاف فاذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التى فيها القود وان صالحه من موضحتين احداهما عمد والاخري خطأ على دار فلا شفعة فيها فى قول أبى حنيفة وفي قول أبى يوسف ومحمد يأخذ الشفيع نصفها بخمسمائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد القود فاذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس ألا تري أن موجب موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلي عواقله واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لاتجب فى البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل أوقياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفى المال ربح فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار أن البيع كان له فلا تجب الشفعة فى البيع أيضا وان صالح من كفالة بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ماليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل فى قصاص واحد أو مال ففى حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذى يطالب به فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذى صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله أجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أوبعضه فكان الصلح فاسدا ولاشفعة في العوض فى الصلح الفاسد كالاشفعة فى البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أوبقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدإ وللاب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد ان قبضها المشترى أولم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه في استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار الى جنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفعته في تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولاشفعة للبائع فيها لانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشترى منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار واذا اشترى دارا شراءا فاسدا وقبضها وبناها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشترى فيرد الدار على البائع لانه بنى في بقعة غيره أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد على صاحب الحق كالمشترى اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق الثابت في الاصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له وعليه شرعا ثم بناء المشترى في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى أرأيت لو هدم المشترى بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لاوجه لمنعه فالمشترى اذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردها بالعيب فلأن يردها بفساد البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في ملك نفسه بتسليط من له الحق فلا ينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف أن الحق في الاسترداد للبائع فهو الذى سلط المشترى على هذا البناء بايجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع بقى معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشترى من البيع والهبة والصدقة لاتنقض لحق البائع فى الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشترى على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشترى لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذاعرفنا هذا فقول عندهما لايجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع فى الاسترداد وعندأبى حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع فى الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشترى لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبى حنيفة فيقولان لاقرار لهذا البناء بالاتفاق لرفعه مستحق اما لحق البائع أولحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار فى حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع فى الاسترداد ولكن لاقرار له فى حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشترى فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشترى بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثانى بالثمن المسمى وان شاء أبطل البيع الثانى وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له فيأخذ بأى السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشترى هنا حصل فى غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه فى البيع لان البناء بيع للأصل وفى هذا القول اشكال فالشفيع اذا نقض البيع الثانى فقد صار ذلك كان لم يكن وقيل البيع الثانى يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثانى من الاصل ولكنا الجواب عنه أن البيع الثانى من الاصل الثانى صحيح مزيل الملك المشترى وانما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه فى الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراءا فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول فى ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الي المشترى بطلت شفعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشترى لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصرانى فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم فى حق المسلم منهما وفى البيع الفاسد لاتجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير فى حقهم مال متقوم كالبعير

والشاة فى حق المسلمين فان كان شفيعها نصرانى أخذها بمثل الخمر المشترى بها أو بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فيأخذها الشفيع بمثل مايملك به المشترى صورة ومعنى وفى الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر النصرانى عند الاستهلاك مضمون على النصرانى بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك فى حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول قول المشترى بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراءا فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها فى قياس قول أبى حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشترى لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع فى الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر مانقض الارض من عمل المشترى لانه فى معنى المتلف لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشترى حصة من الثمن فى حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبى يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها فله القيمة فى قياس قول أبى حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كما لو بنى فيها المشترى بناء آخر وذكر هلال فى كتاب الوقف أن حق البائع فى القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق فى العبد الذى اشتراه شراءا فاسد ثم هذا تصرف من المشتري فى عين مايملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع فى الاسترداد فاذا تصرف فيه بابطال الملك أولى فان باع نصفها بيعا صحيحا رد النصف الثانى على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع فى الاسترداد فيه وبين أن يأخذه بالبيع الثانى بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذه بالثمن الآخر يصدق المشترى بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يغرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خبيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

باب الشفعة فى المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها)لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز وقد بينا أن الشفيع يتقدم على المشترى شرعا فى ثبوت الملك له بالسبب الذى يملك به المشترى وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالفين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لوارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لوارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت فى حق المشترى فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر فى كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها بقيمتها ان شاء والاصح ماذكرنا هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشترى للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لايجوز في قول أبى حنيفة ويجوز فى قولهما لانه ليس فى تصرفه ابطال حق الورثة عن شئ مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي فى جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشئ فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع فى هذه الحال من الوصية بشئ من ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك فى حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لايملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إيثار البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد ايثاره بالعين وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفى الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للغضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلهذا يمتنع بيعه منه بمثل قيمته وبا كثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس فى البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشيء من ذلك لايصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم فى ديونهم لا فى عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن فى البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف مانحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا فى صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه فى مرضه صح اقراره فى حق الغرماء وبمثله لو باعه من وارثه لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه فى حق سائر الورثة والفرق ماذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبى يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبى حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر فى موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية فى تصرفه وفى البيع بالمحاباة وصية ألا تري أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لايوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أوخيار فاسد وقد روي عن أبى يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشترى شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ماذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لوأوصي بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعدموته اذا طلب الموصي له وان الموصى له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة لان بيعه من الوارث لايجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشترى في تملكها بالسبب الذى باشره المشترى اذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشترى دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشيء من ماله لايجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به قلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لاتبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشترى شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمى من الثمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشترى فكانه أوجب الوصية بالمحاباة للمشترى ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه شفيع آخر أولى أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمته كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة مالو سلم أحد الشفيعين شفعته وان باعها بالف درهم وهي تساوى ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشترى ان شئت فخذها بثلثي الالفين وان شئت فدع لانه حاباه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الألفين الا أنه يتخير في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي الالفين وأى ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشترى وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشترى يعمل فى ابطال حقه لا فى ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخا البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلثى الالفين لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالفين الى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالاجل باطل لان المحاباة بالقدر أستغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل فى شئ ولكن يتخير المشترى بين أن يفسخ البيع أويؤدى الألفين حالة ليصل الى الورثة كمال حقهم وأى ذلك فعل فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشترى فى حكم هذا البيع كما فى الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالأجل فى الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشترى لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشترى ان شئت فعجل ألفين وان شئت فدع فى قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثى قيمتها ويكون الباقى عليه الى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسئلة فى كتاب العتاق وذكرنا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يتملكه أصلا كما فى الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند أبي يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعلق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الأجل ولهذا لو رجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الابراء فعلى ذلك الأصل تنبنى هذه المسئلة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع فى هذه المسئلة بعينها وأما الشفيع فالاجل لا يثبت فى حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتي يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح يبيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت فى حق الشفيع فهو مثله فى حق المريض واذا باع المريض دارا أوحابى فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفعته به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

باب تسليم الشفعة

(قال رحمه الله واذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشترى حاضر أو غائب فتسليمه جائز) لانه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه علي نفسه ولايتعدى تصرفه الى محل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشترى بالدار لانه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءا وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته الى ذلك بعد سقوط حقه فى الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشترى للشفيع أنفقت عليها كذا فى بنائها وإنى أوليكها بذلك وبالثمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم فى موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولنى بذلك واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبي حنيفة يصح ذلك منه فى مجلس القضاء ولا يصح فى غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولا لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح فى مجلس القضاء ومحمد يقول فى اقراره على الموكل بالتسليم بقول أبي حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة فى مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا فى كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما اذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسئلة فى كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله فى القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وأبي يوسف وفى الاستحسان يجوز اقراره فى مجلس القاضى وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف الآخر اقراره صحيح في غير مجلس القاضى وفي مجلس القاضى كاقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فاذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما اذا سلم بنفسه فمن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمة الا أن الوكيل قائم مقام الموكل فى الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضى فيصح تسليمه فى مجلس القاضى عند أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم فى مجلس القاضى وغير مجلس القاضى وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلا لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

وأصل هذه المسئلة فى الاب والوصى اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس فى اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصي كما يجوز منهما الشراء علي الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصي صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ يتملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن فى تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الابراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا تتوجه عليه العهدة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فاذا سكت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفى قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشترى مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبى اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشترى اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتاوضين شفعة صاحبه فى دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتاوضان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما فى ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجعل أخذ أحدهما فى الحكم كاحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما فى الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجنب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح فى حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب فى بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه فى ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهى من المضاربة وفى يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل فى مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الأخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب فى بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو فى ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته فى الربح وهو فى الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون فى ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة فى مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالو اشتراها

واذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيما يأخذان بالشفعة كشخص واحد واذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز ان كان عليه دين أولم يكن عليه دين لان هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض يعد له فان الثمن يبقى كسبا له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان العبد لو أخذها تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من الموكل وان كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد فى الاخذ عامل لغرمائه للمولى والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب ألا تري أنه بعد الاخذ لو باعها المولى جاز بيعه اذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه اذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب شفعته جائز لانه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من صنيع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعته جائز أيضا وذكر فى بعض نسخ الاصل اذا مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا لا معنى له لان الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه فى الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا أن يكون موضوع هذا فيما اذا كان اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة بمنزلة بيعه واذا اشتري دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع فى ذلك لان الرد بخيار الرؤية فسخ من الاصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته فى الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه أخذه اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشترى وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك اذا أخذ دار بالشفعة بيعت بجنبها واذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف درهم فبيعت دار الى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان كل واحدة منهما مشغولة برأس المال والمضارب شريك فى الربح ولا ربح فى واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت فى المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبدين لم ينفذ عتق المضارب فى واحد منهما ولو كان فى احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ الدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعته بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج اليه منها فيكون على شفعته فيها واذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلاف الشاهدين فى المكان والزمان لا يوجب اختلافا بينهما فى المشهود به واذا سلم الشفعة فى منزل وهو شريك فى الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيهما وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه فقيما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم فى جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشترى أن البيع كان تلجئة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا ترى انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فاذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى واذا سلم الشفيع الشفعة فى هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشترى أنها كانت بيعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أوفي الهبة بشرط العوض انه كان بيعا وان سلمها فى هبة بغير عوض ثم تصادقا انها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب أو سلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فاذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حقه فى الشفعة واذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل الوجوب فالهبة بشرط العوض انما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم وتقابضوا فذلك باطل فى قول أبي حنيفة جائز فى قولهما لان الشيوع فى الهبة بشرط العوض كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض فى كتاب الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلما اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيوع فى الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوع فى الالف حين قبض كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز فى قول أبي حنيفة لان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ إحديهما دون الاخرى فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال زفر له أن يأخذ أحديهما دون الاخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة فى مصر واحد أو مصرين فى ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ فى كل واحدة منهما وليس فى أخذ احديهما ضرر على المشتري لان احديهما تنفصل عن الاخرى فهو كما لو كان العقد فى كل واحدة منهما صفقة علي حدة ولكنا نقول المشترى ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ احديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشترى في حق البائع تفريق الصفقة بقبول العقد فى احديهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك فى حق المشترى بخلاف ما اذا كان العقد فى صفقتين وهذا لان الانسان قد يشترى دارين ورغبته ومنفعته فى احديهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشترى باختيار الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشترى فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر فى الكتاب أنه اذا كان شفيعا لاحديهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول فى هذه المسئلة له ان يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له فى احديهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة على المشترى فيثبت حقه فى الاخري حكما لدفع الضرر عن المشترى ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في احديهما بدون السبب وفى الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ثم رجع ففال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشتري عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمى وهو أنه لم يتمكن من احديهما لانعدام السبب فى احديهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب

باب شفعة أهل البغى

(قال رحمه الله الباغى والعادل فى استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البغى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة فى دار الاسلام وأنهم فى ذلك كالمسلمين فاهل البغى فى ذلك أولى الا أن العادل فى عسكر أهل العدل والباغى فى عسكر أهل البغى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطلحوا فهو على شفعته اذا علم واذا كان الشفيع فى غير المصر الذى فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذى فيه البائع والمشترى فهو على شفعته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له فى ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ فى الموضع الذى فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذى فيه البائع والمشترى فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذى فيه الدار فهو على شفعته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشترى أو البائع ان كانت الدار فى يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتى أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الابعد بطلت شفعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا فى مصر واحد فان ترك الاقرب وأتى الابعد فاشهد عنده ففى القياس كذلك تبطل شفعته لان القليل من الاعراض والكثير فى الحكم سواء وفى الاستحسان لا تبطل شفعته لان المصر فى حكم مكان واحد ولهذا لو شرط فى السلم التسليم فى المصر يكفى واذا اتخذ المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد فى ذلك واذا اشترى رجل من أهل البغى دارا من

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البغي فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلا فلا شفعة له لانه كان متمكنا من أن يبعث وكيلا فان كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفعة لانه ما ترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيلا يأخذ الشفعة أبطلت شفعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت أجعله على شفعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله تبطل شفعته بالاعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الشفعة

(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج الى التوكيل في ذلك لقلة هدايته في الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه) لانه يقيم البينة ليقضى له بالوكالة ولا يقضي ببينة قامت لا على خصم حاضر واذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بينة انه اشتراها من صاحبها اذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فان من في يده عين اذا أقر بحق فيه لغيره قضي عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بمحضر من الخصم حتى اذا أجرت الدار فانكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يحلف بالله ما باعه الا أن تقوم عليه بينة بمحضر منه وهذه البينة مقبولة من الشفيع والمشتري جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه في الشفعة واذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فانه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتي يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدها) ما بينا (والثاني) وكيل صاحب الدين اذا طالب المديون بايفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأني فانه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشترى اذا أراد الرد بالعيب فقال البائع أريد يمين الموكل مارضى بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشترى فيحلف فابو يوسف يجعل مسئلة الشفعة نظير مسئلة العيب لان فى فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفى ظاهر الرواية سوى بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشترى فى المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشترى باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لايعود العقد وفى مسئلة قضاء الدين لو أمر المديون بقضاء الدين لايتضرر بذلك ضررا ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه من استحلاف الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسئلة الشفعة فالمشترى لايتضرر بالقضاء بالشفعة من حيث ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار فلهذا لايتأخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضي القاضى للوكيل بالشفعة فأبى المشترى أن يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضى له بالشفعة وان كان المشترى ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك نظرا له واذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضى المقضى له سجلا اذا التمس ذلك ليكون حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا أقر المشترى بالشراء وقال ليس لفلان فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذى وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار لأنه لايتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان يقيم البينة على أن الدار التى الي جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فاذا أقام البينة أن الدار التى الى جنب الدار المبيعة فى يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البينة فالايدى تتنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك اذا أثبت اليد بالبينة وأصل هذه المسئلة ان المشترى أنكر كون الدار التى فى يد الشفيع ملكا له ففى ظاهر الرواية لا يقضي القاضى للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبي يوسف أن القول قول الشفيع فى ذلك فيقضي له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لايقضي الا بعلم فالشاهد لايجوز أن يشهد إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة واذا كان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلأن يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هنالك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه ليدفع بها استحقاق المدعى وحجة فى حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذى اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما فى يد الغير والظاهر لا يكفى لذلك فلا بد من أن يثبت الملك بالبينة وهو نظير مالو طعن المشهود عليه فى الشاهد أنه عبد يحتاج الى اقامة البينة على الحرية لان ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام واذا وجد قتيل فى دار انسان فانكر على عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالبينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل فى ذلك شهادة ابنى الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابنى الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل والموكل عبدا له أومكاتبا) لانهم متهمون فى ذلك فانهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا لاتقبل فى ذلك شهادة الفريقين وان أقام البينة أن لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك فى الدار أو فى بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشترى حلف الوكيل مايعلم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة فى الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف فى دعوى تسليم باطل ولوشهد رجلان علي الوكيل أنه سلم عند غير القاضى ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبى حنيفة لا فى مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو ما لو وجد فى غير مجلس القاضى فى الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح فى غير مجلس القاضي فكذلك لايصح اذا وجد فى مجلس القاضى وعزل قبل أن يقضى به ولو أقر هذا الوكيل فى مجلس هذا القاضى أنه سلم

عند فلان القاضي ثم عزل أو انه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فان كان من أقر بشئ يملك إنشاءه يجعل كالمنشئ لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسئلة الرجوع لا مسئلة تسليم الشفعة فقد بينا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل واذا شهد ابنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادة ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل لان ابني الوكيل يثبتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويثبتان له حق الاخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائبا عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار أن يخاصم في غيرها لان الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا قيد الوكالة بالدار التى عينها وهو يثبت الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الانسان بكون الغير نائبا عنه في بعض الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزا لانه عمم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض غلاته ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة الا في تثبيت الوكيل الحق الذى يطلب به الشفعة لانه لا يتوكل الى الخصومة بالشفعة الا بذلك فتتعدى الوكالة اليه ضرورة واذا وكل رجل رجلا يأخذ له دارا بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في الشراء فلأن لا يشترط ذلك في التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الاخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع انما يأخذ بالثمن الذى يملك المشترى الدار به فالتوكيل بالاخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثر يوضحه أن الوكيل بالشراء اذا اشترى بأكثر من قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بغلاء الثمن أراد أن يلزم الامر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فاظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كانما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلما لشفعته فاذا طلبها لغيره أولى ولما كان اظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشترى حاضرا أو غير حاضر فان أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فان كان المشترى سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لانه ظهر أنه كان مسلما شفعته ولكن تسليم المشترى اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا فكأنه اشتراها الآمر بعدما سلم الشفعة وان كان القاضى قضى بها فانها ترد على المشترى الاول لانه لما ظهر أنه كان مسلما شفعته تبين أن القاضي قضي على المشترى الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه واذا كان للدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسليمه شفعة أحدهما عند القاضى كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق احدهما بقى حق الآخر فى جميع الدار فاذا أخذها الوكيل له جاز وان قال عند القاضى قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال انما أطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولايهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لا تمنع الصحة ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالاخذ ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلهذا لا بد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ واذا وكل الشفيع المشترى بالاخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا فى ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا يكون وكيلا عن غيره فى الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع بالاخذ بالشفعة جاز ذلك فى القياس لان البائع بتسليم الدار الى المشترى قد خرج من هذه الخصومة والتحق باجنبي آخر وفى الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شئ لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل فى بعض ما قد تم به وهو البيع واذا وكل الذمى المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان الذمى هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ماصنع الوكيل قبلت شهادتهما وأبطلت الشفعة لان الوكيل لو أقر بذلك جاز اقراره فان الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا فكذلك اذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لان شهادتهم على الذمى فى اثبات كلامه حجة واذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدعى يدعي فى الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لان الوكالة قد انتهت بالاخذ بالشفعة فبقيت الدار فى يده أمانة والامين لا يكون خصما للمدعى

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردها به ولا ينظر فى ذلك الى غيبة الذى وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع فى يد الوكيل بالشراء فهو فى حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذه فان كان الشراء وقع بذلك أو باقل فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذى وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فاذا كان الثمن أكثر مما سمي فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع فى الأخذ اذا كان المشترى إنسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشترى غيره فلهذا اعتبرنا تقييده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذى لم يولد بعد فهم فى الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباعتبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أوشركة واذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركتهم فى الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لا كثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لوكان بعض الشركاء فى الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته فى ذلك وان اشترى دارا بجارية وتقابضا ثم ولدت الجارية لاقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة فى ابطال ما يحتمل النقض والقضاء بالشفعة يحتمل النقض كنفس البيع ثم بدعوي النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا فى الاستحقاق نظيره فكذلك اذا أثبت الولد لامته واذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفى العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضى كل غلة له أو بيعها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة فى كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يرد على هذا ففى القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل فى ذلك وفى الاستحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا أطلق المال
عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين
شك بلا بينة وان قال تقاضى ديني أوأرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي
معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا
يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أوابنه
أو أجيره الذى هو في عياله بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه
أمين فيما يقبض كالمودع فى الوديعة واذا وكله بتقاضى دين له على رجل بعينه وسمي له ماعليه
لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمى له وهو تقييد مقيد فقد يأتمن
الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد
عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على
الموكل لايستطيع رده لانه ممتثل أمره فانه لايتمكن من الاخذ بعد مااحترق البناء الا بجميع
الثمن فيكون فعله فى الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم فى هذا اذلا يتمكن من أخذها لنفسه
بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشتراه باكثر من قيمته وكذلك
لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة فى حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر
المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينقد الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة
فلاحدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضى لم يتكلم الا
أحدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضى كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين
بالشراء واذا سلم أحدهما الشفعة عند القاضى جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين
بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في
الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن
يكون الامر أجاز له ماصنع بمنزلة مالو وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه
فان وكل وكيلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثانى أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع
الوكيل الاول ولم يجز صنع الوكيل الثانى وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل
الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ماصنع الوكيل الثانى على الامر لان
ذلك وراء اجازة ماصنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان فى حق الغير لا يسوى غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشترى من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفعته وهذا لان التأخير انما جعله محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشترى وينعدم ذلك عند التماس المشترى بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشترى من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

باب شفعة أهل الكفر

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشترى صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهى مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فيأخذها بقيمته وان اشتراها بميتة أو دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمى الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذمى نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عين تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدى الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد فالا- لام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع فى الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم فى الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذها بمثل تلك الخمر لان من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم فى الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين واذا كان اسلام أحد المتعاقدين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لان حكم العقد فى الخمر ينتهى بالقبض والاسلام لا يمنع قبض الدار فاذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو بيت نار ثم حضر الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشترى وهو متمكن من نقض ما المشترى وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشترى فبيعت الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثانى كما لو كان المشترى هو الذى باعها بنفسه ولو كان المشترى للدار بالخمر ذميا فاسلم وارثه بعد موته كان للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشترى هو الذى أسلم بنفسه واذا اشترى الذمى من الذمى دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشترى ثم استحق نصف الدار فنقول ان كان المشترى هو الذى أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشترى أو أسلما معا بقى النصف المستحق ويأخذ المشترى نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد من الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا فتخللت فانه يأخذ الخل ولا شئ له غيره فاما في النصف الذى لم يستحق المشترى بالخيار لبعض الملك عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على أحد وهذا اذا كانت الخمر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقى لانه لو ردها ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخل لان العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمرا فى الذمة فعند الفسخ يعود حقه فى ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

اذا كان البائع هو الذى أسلم دون المشترى أو أسلم البائع أولا ثم المشترى فكذلك الجواب عند أبي يوسف فاما على مارواه زفر وعافيه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فنقول فى النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع فى هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض فى يده حين تخللت فان شاء رضي بالتغير ويأخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمه الخمر وفى النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد وكانت الخمر بعينها تخير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير فى ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتناوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل فى المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر على مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخريج الذى بينا واذا باع الذمى كنيسة أو بيعة أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها لجوازه فى دارهم بخلاف المساجد فى حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى بجعلها معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك فى حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء فى ملك الغير ولا شئ له من ملك ذلك الموضع والشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصال ملكه بالدار المبيعة والشريك فى حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام فى استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع فى حائط من حيطان الدار أو الهوادى بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادى على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك فى أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته فى نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته فى حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمى وثعلبي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

المسلم العشر في حصته ويضاعف على الثعلبي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة مالو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما بينا على ما تقدم بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي اذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبي حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها سلما فاخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما اذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى اذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها وفي غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردها بالعيب لان الخراج في الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يده كما انقطع المشترى اذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالملك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جذعا منكسرا أو نخلة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردها كان الشفيع على شفعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد ينفسخ بأخذ الشفيع وهو ما اذا أخذها من يد البائع وقال أبو يوسف اذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشترى سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشترى فتجب الشفعة فيه

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد ما لحق بدار الحرب وبعد قسمة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب واذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل في ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فلحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها من حيث أنه لا تستحق نفسها باللحاق حتى يسترق وان كانت لا تقبل وان كانت المرتدة بائعة للدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أو ماتت وان كان الشفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار على الردة إلا أن يقضى له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شيء من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه ما لم يسلم فان أبطل القاضي شفعته ثم أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه الاضرار به وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي حتي ينظر ثم أسلم فهو على شفعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى أن أسلم فلا شفعة له لتركه طلب المواثبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتد دارا من مسلم أو ذمي بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده والمرتد غير مقر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن من دار الحرب أولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشترى لا يبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والامين لا يكون خصما لمن يدعى حقا في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبتها واذا اشتري المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى في دار الحرب ولان المشترى مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفعته لان لحوقه بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت وبموته تبطل شفعته علم بالشراء أولم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق المتأكدة ماهو أقوي من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشترى مستول على الدار ولو استولى على ملك الحربي بطل به ملكه فلأن يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربي المستأمن دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام وان كان المشترى مع الشفيع في دار الحرب فان كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفعته اذا علم لان المسلم والذمي من أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفعته اذا لم يكن عالما بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على شفعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل فان كان المشترى أخره مدة معلومة فهو على شفعته عندهم جميعا لان عند محمد بمضى شهر انما تبطل شفعته لدفع الضرر عن المشترى فاذا كان هو الذى أخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حربيا مستأمنا فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمنا من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة فى الصلح

(قال رحمه الله واذا ادعى الرجل فى دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح على اقرار فلهم الشفعة فى ذلك لان المعطى فى المال متملك فى نصيب المدعى بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح على الانكار فلا شفعة فيه لان فى زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يملك عليه شيئا من الدار بهذا الصلح وفيما فى يده ينبنى الحكم على زعمه وهو بالاقدام على الصلح لا يصير مقرا بثبوت الملك للمدعى في المدعى ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة على دعوى الذى صالحه فان أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعى ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعى متمكنا من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه على سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة فبلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا واذا ادعى حقا فى دار فصالحه منه على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه فى الدار الأخري بالصلح والصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه فى الدار الاخرى والقول فيه قول المصالح الذى أخذ الدار بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشترى في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشترى ولو كان ادعي دينا أو وديعة أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء على زعم المدعى واذا صالح من سكنى دار أو صى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا شفعة

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ماوقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع فى الغلظ والدقة في مدة المنفعة لاتستحق بالاجارة فان استئجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لايجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه أرأيت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أكان يكون فيه الشفعة لا شفعة فى شئ من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه الى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء فى ملكه وذلك لا يستحق بعقد مقصود ولهذا لا يجوز استئجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفى الكتاب أشار الى حرف آخر قال ألا ترى أن المسيل لايحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراده فانه لايسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغى فى القياس أن يأخذه بالشفعة ولكنا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف فى دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذع فى الحائط والهوادى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أوالانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شئ فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ماوجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أورهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبى يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائع ففسخ البيع وجه قول زفر أنهما ينكران وجب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا أنكراه كان القول فى ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يملكان ابطاله فتصادقاعما يكون معتبرا فى حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا فى الذمة بخلاف الصلح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لادين لم تقع المقاصةفبقى الثمن للبائع على المشترى والشفيع على شفعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وليس للملتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قيما له فى البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصى حينئذ فى طلب الشفعة لوكيل اليتيم وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال الملتقط فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان الملتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على الملتقط فى الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلته بيت المال كما فى جنايته بيده وان لم يسقط حتي أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا فى هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل فى النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشتري الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشترى فقال المشترى أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول قول المشترى) لانكاره الشراء فى البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك فى البناء وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشترى اذا كان محتملا حتى اذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع فى شئ من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وان قال المشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أوقال الشفيع اشتريتها معا ففى القياس القول للمشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أوقال اشتريت الارض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك فى البناء وقال الشفيع اشتريتهما معا ففى القياس القول قول المشترى لانه ينكر ثبوت حق الشفيع فى البناء ألا تري أنه لو قال وهب لى البناء واشتريت الارض كان القول فى ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشترى أقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه فى البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله فى ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع فى شئ من ذلك فاما فى الهبة هو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى السائل الشفيع يدعى ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وان قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقاما جميعا البينة فعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات شئ بخلاف الظاهر وعند محمد البينة بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كأن الأمرين كانا اذ لاتنافى بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وان ادعى المشترى أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه منفرقا فالقول قول المشترى لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

ما دعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له فى النصف دون النصف فان قال المشترى وهب لى هذا البيت بطريقه الى باب الدار وباعنى مابقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها بالف درهم فالقول قول المشترى فى البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشترى أقر بوجود السبب الموجب لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة فى الطريق فلا يثبت ما ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ماسوي البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان علي ابطال شفعة الشفيع فى سائر الدار لان شركته فى الطريق سابقا على الشراء لايظهر بقولهما حق السفيع الا أن تقوم البينة على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من الجار ولو ادعى الشفيع أن المشترى هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشترى فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشترى منكر لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه *رجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وأقام آخر البينة أنه اشتري منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وانما يحال بشرائه بحدوثه على أقرب الاوقات مالم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقي من الدار لان شركته فى الطريق تثبت قبل ثبوت شراء الآخر فيما بقى من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوي والحجة منهما فى البيت وقضيت ببقية الدار للذى أقام البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له فى بقية الدار ولا شفعة لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الامرين ظهرا ولا يعرف تاريخ بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازقتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما منذ شهر بالف درهم وأقام آخر البينة انه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة فى الدار الأخرى لانه يثبت جواره سابقا على بيع الدار الاخري ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما لم يثبت تاريخ فى الشرائين يجعل كانهما وقعا معا وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض

الآخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقتة والهبة مع القبض فى افادة الملك كالشراء واذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ولا طريق له فى الدار فلأصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت فى الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما الشفعة فى البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فلهم الشفعة لقيام شركتهم فى الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشترى فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها لانقطاع الشركة فى الطريق عند البيع الثانى واذا كان الدرب غير نافذ وفى أقصاه مسجد خطبة وباب المسجد فى الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر الى الطريق الأعظم فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ ألا ترى ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب الى الطريق الاعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك اذا لم يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا فى ذلك الدرب ليصلوا فى المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الاعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الاعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التى في أقصاها الوادى المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الاعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ ألا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطريق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا الى الطريق الاعظم وفي الموضعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان فى أقصى الدرب باب نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفناء الي دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب آخر منها الى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة لاهل الدرب الا بالجوار وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفى الأول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة فى الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أوجعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلأهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم فى الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم فى الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا فى الطريق شركة خاصة مبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق فى الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشترى تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقى ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشترى وحقه في النصف لان المشترى شفيع معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقى للمشترى الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موضعا مقسوما أووهب لم يجز ذلك لما فى تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يتفرق نصيبه فى موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشترى الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثانى باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر فى التسليم فان سلمه للمشترى جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول فى المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع مابقى من المشترى الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دارا لرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه مابقى من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

بالمبيع اتصال تأييد فموضع الحائط من الارض داخل فى البيع واذا كان منزل لرجل فى دار الى جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفى الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار فى درب غير نافذ وفى الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزله فالشريك في الحائط أحق بالشفعة فى جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك فى نفس المبيع لان حصة البائع من الحائط دخل فى البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفعة فى الحائط سوى ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته فى موضع معين وليس بشريك فى جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة فى ذلك الموضع خاصة ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق بالشفعة فى تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الرواية أن الشركة فى الحائط أظهر من الشركة فى الطريق واذا كان بالشركة فى الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم هو الشفعة فالشركاء فى الطريق الذى في الدار أحق لشركة بينهم فى الدار لان نصيب البائع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب فى صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون فى الطريق الذى قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص فى درب غير نافذ فان أسلموا فالجيران الملازقون للدار الى هذا المنزل فيه شركاء فى شفعة هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع لحصة البائع من صحن الدار داخل فى البيع فقيام الاتصال فى طريق واحد يكفى للجوار فلهذا أستووا فى استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة فى السكة التى ليس لها منفذ * باع رجل منهم دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم فى طريق خاص فى الطريق فان كان زقاقا فيه عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لاصحاب العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون أصحاب السكة وفى العطف المدور حقهم جميعا فى ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف بمنزلة سكة فى سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الاقصى فأصحاب تلك السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان بيعت دار فى السكة الاولى كانت

الشفعة لاصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم فى طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق فى السكة الاقصى واذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لاقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعتها منه وسلمتها اليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرجه من الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشترى الشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت فى يد البائع فهي مملوكة للمشترى فلا يأخذها الشفيع الا بمحضر منها* رجل ادعي أنه باع من هذه الارض خمسين جريبا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها الى القاضي فابطل شفعته لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشترى فى مقدار المبيع وقضى القاضى بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جريبا بالثمن الذى بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما فى أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان فى الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة واذا اشترى قوم أرضا فاقتسموها دورا وتركوا منها سكه ممشى لهم وهى سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء فى شفعتها للشركة الخاصة بينهم فى الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى فى الشفعة هنا سواء لان شركتهم فى الطريق من أول السكة الى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشيء من السكة فلهذا كانوا فى الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء فى الفناء وهو الطريق الذي فى السكة فيستوون فى استحقاق الشفعة قال فى الكتاب والشريك فى الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم فى استحقاق الشفعة * رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أبعد أو أقرب

ويدعي شفعته حين علم فلا شفعة له علم أولم يعلم لانه أسقط حقه بعد الوجوب وجهله بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه فجهله بمقدار حقه أولى *رجل أقام البينة أنه اشتري من رجل كل حق هو له في هذه الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم الا في رواية عن أبي حنيفة قال مالم يعلما جميعا كم نصيب البائع لايجوز البيع لان البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشترى وفى ظاهر الرواية قال المشترى يتملك بالشراء فلابد من أن يعلم بمقدار ما يتملكه لانه يحتاج الى القبض فاذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع انما تملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى ان عدم الرؤية من المشترى يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وان لم يعلم المشترى كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أولم يعلم فالبيع فاسد فى قول أبي حنيفة جائز فى قول أبي يوسف والمشترى بالخيار اذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره فى بعض النسخ مع أبي يوسف وفى البعض مع أبي حنيفة *وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع بكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجوز البيع يوضحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر فى الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشترى اذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تفضى الى تمكن المنازعة بينهما أما فى الحال ان احتاج المشترى الى قبض المبيع أو فى ثانى الحال ان تقايلا البيع أورده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة فى المعقود عليه اذا كانت تفضى الى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع واذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وان كان المشترى قد رآها ويبرأ من عيوبها عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشترى لم يكن نائبا عن الشفيع فرؤيته ورضاه بالعيب لا تعتبر فى حق الشفيع واذا بنى الشفيع فى الدار ثم استحقت من مدة رجع الشفيع بالثمن على من كانت عهدته عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشترى اذا بنى ثم استحقت الدار ونقض بناؤه فانه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشترى مغرور فالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فاذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيع لم يصر مغرورا من جهة أحد لانه أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط للمشترى على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشترى يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور ومثله الجارية المأسورة اذا وقعت فى سهم رجل فاخذها مولاها بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطئ عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع فى سهمه بالقيمة التى أعطاها إياها ولا يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من وقعت فى سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذى كانت وقعت فى سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شيء بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغنم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشركين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت فى سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى بمنزلة البيع المبتدإ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة ﴾